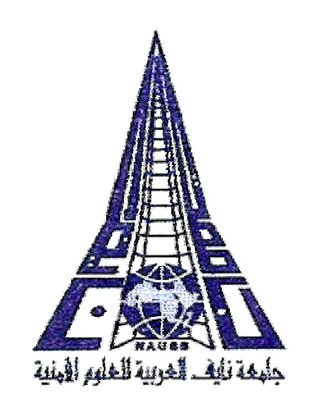


جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية
كلية الدراسات العليا
قسم العدالة الجنائية

العرف في التشريع الجنائي

دراسة تأصيلية مقارنة

إعداد الطالب
أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري

إشراف
أ . د . محمد جبر الألفـــي

رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في العدالة الجنائية

(١٤٣١هـ - ٢٠١٠م)

بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

Naif Arab University for Security Sciences

نموذج (٣٢)

كليـة الدراسات العليا

قسم: العدالة الجنائية

إجازة رسالة علمية في صيغتها النهائية

الاسم : أحمد رفاع حامد المطيري الرقم الأكاديمي: ٤٢٨٠٢٢١

الدرجة العلمية : ماجستير في العدالة الجنائية التخصص: سياسة جنائية

عنوان الرسالة: العرف في التشريع الجنائي ، دراسة تأصيلية مقارنة .

تاريخ المناقشة : ١٤٣١/٠٦/٢٢ هـ الموافق ٢٠١٠/٠٦/٠٥م

بناءً على توصية لجنة مناقشة الرسالة ،وحيث أجريت التعديلات المطلوبة ،فإن اللجنة توصي بأجازة الرسالة في صيغتها النهائية المرفقة كمتطلب تكميلي للحصول على درجة الماجستير .

والله الموفق ،،،،

أعضاء لجنة المناقشة :

١- أ . د / محمد بن جبر الألفي مشرفاً ومقرر

٢- أ. د / محمد بن يحيى النجيمي عضواً

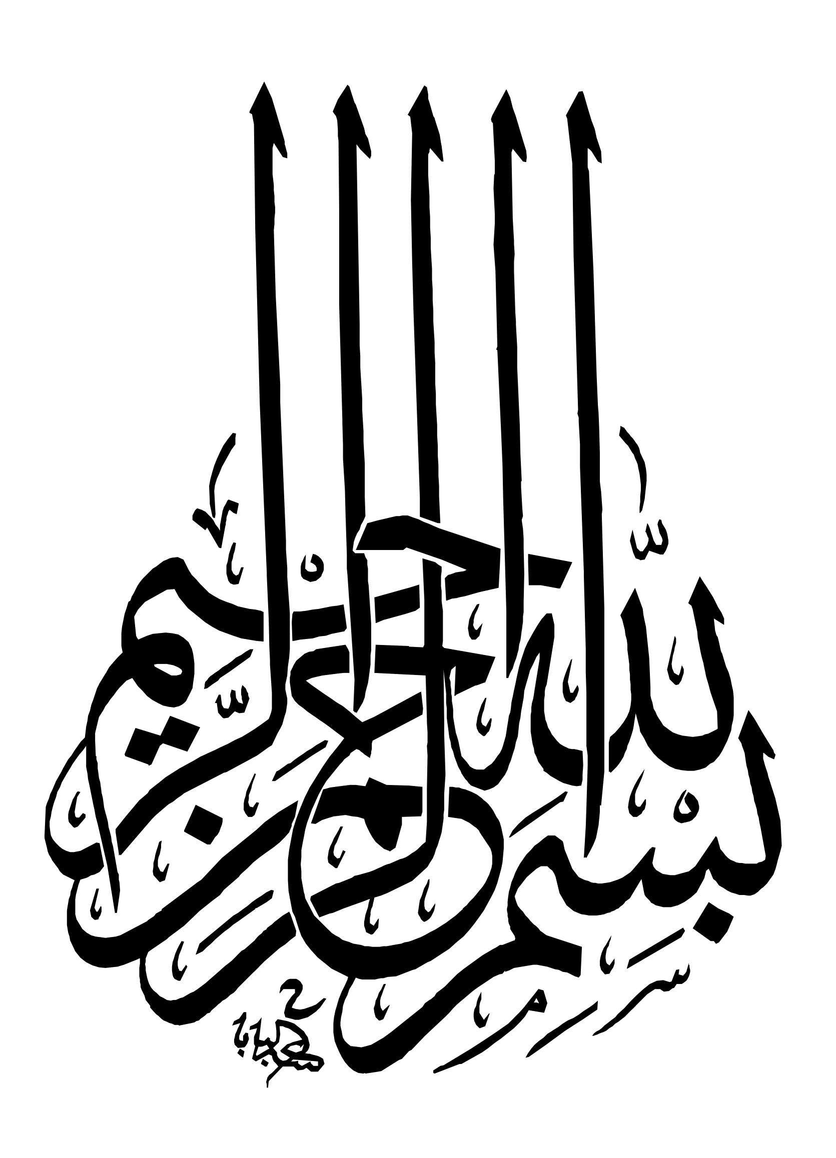
٣- د / مروان شريف القحف عضواً

رئيس القسم

الإســـم : د/ محمد عبد الله ولد محمدن

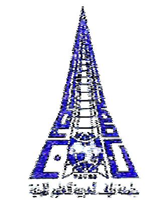
التوقيـــع :

التاريـــخ : ٢٦/٦/١٤٣١


بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

Naif Arab University for Security Sciences



مستخلص الدراسة

عنوان الرسالة : العرف في التشريع الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة.

إشـــــراف:- أ . د/ محمد جبر الألفي

إعـــداد الطالب: أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري

مــشكلةالدراسة:- تلقي الدراسة الضوء على مصدر من مصادر الفقه الإسلامي والذي يرى كثيــر مـــن الفقهاء الاحتجاج به باعتباره مصدراً من مصادر التشريع وراعت الشريعة أعراف الجاهليـــة وأبقــت نافعها وألغت ضارها و ثار جدل كبير في أواسط أساتذة القانون باعتبـــار العـــرف مـــصدراً للقـــانون الجنائي ، وتشير الدراسة إلى إبراز دور العرف ومفهومه وأقسامه وأثره في التجريم والعقـــاب ودوره في الإجراءات الجنائية سواء في التشريع أو في القانون الجنائي.

منهج الدراسة وأدواتها : تناول الباحث في دراسته المنهج الاستقرائي .

أهم النتائج: ١ - إقرار الشريعة للأعراف الموافقة لأصولها ، محققة مصلحة الفرد والمجتمع .

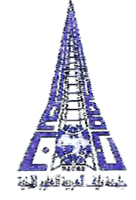
٢ - تتغير الأحكام الاجتهادية لتغير الأعراف الزمنية والمكانية وهـــذا يبـــين مرونـــة التشريع الإسلامي.

٣ - انعدام دور العرف في القانون الجنائي في مجال التجريم والعقوبـــة والإجـــراءات الجنائية ابتداءً لحفظ لكرامة الإنسان وتمشياً مع القاعدة لا عقوبة ولا جريمة إلا بقانون ولا يمنع من إحالة بعض الأفعال والأقوال إلى العرف في تحديـــدها كتحديـــد مفهـــوم الحرز في السرقة وبعض ألفاظ القذف.

أهم التوصيات :- ١ - إيجاد دراسة منهجية تظهر الأعراف المحلية الموافقة للشريعة الإســــــــلامية والقانون.

٢ - تبني الدولة مراكز توعية لكيفية التعاون مـــع الأعـــراف والمـــستجدات والوقـــائع ولاسيما في المحاكم والتقاضي والمؤسسات العقابية حتى لا يقع النـــاس فـــي مخالفـــة لنصوص التشريع والقانون.

٣ - توعية الناس بخطورة العمل بالأعراف الفاسدة التي تجلب الدمار والخراب للناس.

Naif Arab University for Security Sciences

Study Abstract

Title: Tradition in the criminal law a Founding Comparative Study

Advisor: - Mohammed Gabr AL-Aify

Student: - Ahmed Raffa Hamid AL-Motairy

The research problem:-

This study show an important source of Islamic perception. All Islamic legists approved. It's the tradition. it is one of the sources of legislation. As the Islamic sharia considered the traditions of pre-Islamic era. This sharia purified most of these traditions and kept the useful and removed the harmful. the professors of law argued if the tradition is one of the sources of the criminal law or not. This study asserts on the role of the tradition in punishment and the criminal procedures whether in the legislation or in the law.

Curriculm of the study and its tools:-

The researcher used the investigation curriculm showing the validity of this sharia for the time, place and nation and show its excellence over all legislations and contemptible laws.

The most important results :-

1- Confession of this sharia with all the traditions that match its principals regarding the goodness for individual and society.
2- These interpretative rules change according to the changes of the time, place and traditions. To show flexible is it.
3- neglecting the tradition in the criminal law in punishment and criminal procedures to keep the human dignity as the base that There is no punishment , no crime , no procedures except with a law "

The main recommendations:-

1- finding methodic study show the local traditions that match this sharia and the law.
2- The country should establish centres to provide people with awareness to show the co-operation between the traditions, future events and present matters. protect people from commiting contradiction against the texts "sharia" and the law.
3- the country showed increase the people's with working with such corrupted traditions that bring destruction to the nation.

إهــــــــــداء

إلى والديّ الكريمينَ ، رحمهما الله تعالى ،اللذان حببا إليَّ العلم منذ الصغر واعتنيا بي في جميع

مراحل دراستي فأنزل الله على قبريهما شآبيب الرحمة والرضوان ، والإهداء موصول إلى جميع

أفراد أسرتي الذين وقفوا معي خلال إعداد وإتمام هذا البحث وإخواني ،الأعزاء وإلى أساتذتي

الكرام وكل من علمني . . وإلى كل محبي العلم الشرعي

إلى هؤلاء جميعا : أهدى هذه الدراسة .

الشكر والتقدير

الحمد لله حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، الحمد لله على توفيقه وامتنانه، الحمد لله على توفيقه بإكمال وإنجاز هذا الجهد المتواضع، أما بعد:

فإن الباحث يتقدم بالشكر والتقدير لصاحب السمو الملكي الأمير نايف بن عبد العزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء وزير الداخلية ورئيس مجلس إدارة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ولمنسوبي جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية وفي مقدمتهم رئيس الجامعة الأستاذ الدكتور عبد العزيز بن صقر الغامدي، وجميع الأساتذة الأجلاء، وأخصُ منهم أساتذة قسم العدالة الجنائية الذين أدين لهم بالفضل بعد الله بما حصلت عليه من علوم ومعارف على أيديهم، والشكر والتقدير للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على توجيههم لي وتوضيحهم لمضمون ومحتويات الرسالة.

والشكر أيضاً موصولاً لمعالي رئيس هيئة التحقيق والإدعاء العام معالي الشيخ/ محمد بن فهد آل عبد الله. ووافر الشكر والامتنان للمشرف العلمي على هذه الرسالة الأستاذ الدكتور/ محمد جبر الألفي على سعة صدره وجهده معي طوال فترة إعداد الرسالة وما غمرني به من توجيه ونصح وتوعية ورعاية في سبيل إخراج هذه الرسالة بالمظهر اللائق. والذي فتح لي قلبه قبل مكتبه متفانياً في خدمة هذه الدراسة كي تحقيق الغاية العلمية منها.

كما أشكر أستاذيَّ الكريمين فضيلة الأستاذ الدكتور/ محمد يحيى النجيمي، والدكتور/ مروان شريف القحف اللذين تكرما مشكورين بالموافقة على قبول مناقشة هذه الرسالة وتجشما عناء قراءة هذا البحث على ما فيه من قصور وإبداء آرائهما وتوجيهاتهما التي كان لها الأثر في رفع مستوى هذا البحث.

والشكر والتقدير لكل من أسهم في إخراج هذا العمل، وكل من مد يد العون والمساعدة بالتوجيه والنصح والإرشاد.

قائمة المحتويات

الفصـــل الأول

مشكـــلة الدراسة و أبعادها

مقـــــدمة الدراســــــة

مشكــــــلة الدراســــــة

تســــاؤلات الدراســــــة

أهـــــداف الدراســــــة

أهمــــــية الدراســــــة

حــــــدود الدراســــــة

منهــــــج الدراســــــة

مفاهيم ومصطلحات الدراسة

الدراســــــات الســابقة

الفصل الأول

مشكلة الدراسة وأبعـــــادها

مقــدمة الدراسة :

الحمد لله الرحمن، الذي علم القرآن،وخلق الإنسان،علمه البيان، نحمده عدد خلقــه وزنة عرشه ورضا نفسه ومداد كلماته، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وســع كل شيء علماً، وأحصى كل شيء عددا،وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صاحب الرسالة الخاتمة، والشريعة الحاكمة، اللهم صل وسلم وبارك عليه، وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد:

فمن رحمة الله تبارك وتعالى بهذه الأمة، أن أكرمها بمحمد صلى الله عليه وســلم فأنزل عليه الكتاب، فيه تبيان لكل شيء وسن سنناً، وتشريعات، تحدد علاقــات الأفــراد، بعضهم ببعض، وتبين لهم حقوقهم، وواجباتهم، وتبين لهــم منــاهج الــسلوك فــي هــذه الحياة،وترفع عنهم الضيق،والحرج،والمشقة[1]. لذا فإن الناظر بعين فاحصة،ومتجردة،في كتب الفقهاء المسلمين،يجد تراثاً عظيمــاً،من الأحكــام والقواعــد،التي وضــعها ســلف الأمة،لتبين أحكام ما يجد من حوادث،ووقائع، ولم تقف عند هذا الحد فحسب،لكنها نظرت إلى الإنسان،على أنه كائن اجتماعي متحضر، لأن لكل مجتمع أعرافاً، وعادات،وتقاليــد، يحثون الخطأ سيراً عليها،في جميع شؤون الحياة،ولا يمكنهم الاســتغناء عنهــا،ومن هنــا راعت الشريعة هذه الأعراف، وأبقت نافعها، وألغت ضارها، فالإنسان لم يــستغن منــذ نشأته،على هذا الكوكب، عن إيجاد علاقات خاصة، مــع أبنــاء جنــسه، لتحديــد تلــك المسؤوليات، وتلك الحقوق، وأن اختلفت أشكالها، وألوانها،من عصر إلى عــصر، ومــن مكان إلى مكان، ونتيجة لهذا العمق التاريخي، والتجذر الفطري للقانون، في ذهــن ذلــك الإنسان، فصدرت المقولة المعروفة، الإنسان مدني بالطبع.

فإذا تمت حياة العيش مع الآخرين،فإنه يلجأ دوماً إلى تنظيمها، بما يحقق له السعادة والرخاء، في مجتمعه الذي يعيش فيه. فصارع حتى تغلب على كل ما يكدر صفوه،وانتقى

---

(١) السيد، صالح عوض (د. ت) إثر العرف في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، ص(٨).

ما يسمو بحياته، فتطور من حيث تطور الآخرون، فيرى نفسه ملزماً باعتناقه، والجــري على سننه، ومن هنا نجد أن نزع الناس عن عادتهم،فيه حرج عظيم،لمـا للعـرف مـن سلطان القوة في نفوسهم، وتغلغله في رؤوسهم، الشيء العظيم .

فإذا كان هذا شأن العرف، فالواجب أن نمعن النظر فيه، لنرى عظمـة الإسـلام، وسمو شريعته، ووفاء نظامه، بتلبية حاجات الأمم، ومصالح الشعوب، وبناءاً على ما سبق فقد تولد لدى الباحث الإحساس، بأهمية هذه الدراسة، وما توصلت إليه من نتائج.

مشكلة الدراسة :

تأتي هذه الدراسة،لتسهم مساهمة واضحة، بإلقاء الضوء على مصدر مهـم، مـن مصادر الفقه الإسلامي، والذي يرى كثير من الفقهاء،الاحتجاج به،فالناس بطبيعتهم بحاجة ماسة،إلى تشريع يحـدد علاقـتهم، ويبـين لهـم حقوقهم،ويحـد مـن أنـانيتهم،وينظم صلاتهم، والتزاماتهم ، وبما أن الجماعة ضـرورة لحيـاة الإنـسان، فـإن التـشريع،أو القانون،لازم لقيامها،إذ لا يمكن قيام جماعة، من غير قانون، فالجماعة كما جاء عن علماء الاجتماع، هي (الهيئة المنظمة من الأفراد) وهذه الأهمية، لا تعني سيطرة العـادات،على الأحكام الشرعية، كما إنها لا تعني إهمال الشريعة، لذلك الكم الهائل، من الأنظمة العرفية، السائدة آن ذاك ، ولا شك، أن للعرف، أهمية قصوى، فيما يتصل بالمعاملات، والقـانون، لكنه من جهة التشريع الجنائي، ثار خلاف كبير،عند أساتذة القانون حيـال اعتبـاره فـي التشريع الجنائي وخاصاً في القـانون الوضـعي، ولكـن الخـلاف فيها،كـان باعتبـار العرف،مصدرا في التشريع الجنائي،اخف مما هو عليه الحال في القانون،ومن هنا تظهـر الأهمية،التي ينالها العرف، حيث أن بعض الأحكام الشرعية، بنيت على أساس العـرف ، وعلى لغة الخطاب الشرعي، اعتمدت القواعد العرفية السائدة بين أبنائها، حيـث يـرتبط العرف، بمدى تطور المجتمع، وتمدنه، فهو يتناسب عكسيا،مع درجة رقيه،فيرى الباحـث انه في العصور القديمة، لم يكن هناك تقنين، أو تشريع، ولم يكن هناك قـانون، حـاكم، سوى، قانون العرف، الذي يحكم كافة شؤون المجتمع.

وما ذلك إلا لبساطة تلك الحياة، وعدم تعقد العلاقات، فلما توسعت الحضارة، كان لابد من إظهار العرف، ومكانته في المجتمع، حيث أن العرف عبارة، عن اعتياد أفـــراد الجماعة، أو فئة منهم، على إتباع قاعدة معينة، في سلوكهم ،علـــى نحـــو يـــؤدي إلـــى شعورهم،بإلزام تلك القاعدة لضروريتها لهم(١) في شتى مناحي حياتهم العملية. فإليه يرجع التحكيم، في كثير من التعامل، و الوقوف عليه، انفع وأجدى. فرعاية الآداب، والمصالح، وانتظام الأحوال، أمر ملح، لتصلح معاملة الناس، فيما بينهم وانتظام معايشهم، وجـــب أن تكون أحكامها وافية، بهذه الحاجة في كل عصر، وكل أمة ، وهذا لا يتـــأتي إلا أن تفهـــم نصوصها، حق الفهم، وأن تستنبط مصادرها، على وجه يحقق ما تقتصد إليه، من تحصيل مصالح العباد، فجاءت مشكلة الدراسة بالسؤال الرئيس التالي :

ما أثر العرف في القانون الجنائي ؟ .

تســـاؤلات الدراسة :

(١) ما العرف ؟ وما هي عناصره ؟

(٢) ما موقع العرف بين مصادر الاستنباط الشرعي والقانوني ؟

(٣) ما موقف الفقهاء المسلمين من الاحتجاج بالعرف في التشريع الجنائي ؟

(٤) ما دور العرف في تفسير النصوص الجنائية ؟

(٥) ما أثر العرف في القانون الجنائي ؟

(٦) ما دور العرف في التجريم؟

(٧) ما دور العرف في تشريع العقوبات ؟

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

(١) التعرف على العرف في الشريعة الإسلامية وذلك كونه مصدراً في الجنايات .

(٢) التعرف على شروط العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي .

(٣) بيان التفريق بين العرف والعادة .

---

(١) أعبود ، الكوني علي (٢٠٠٣) أساسيات القانون الوصفي الليبي ، المدخل إلى علم القانون ط٤، ليبيا - المركـــز القـــومي للبحوث والدراسات العلمية –ص٣٠ وما بعدها.

(٤) بيان التفريق بين العرف والسوابق القضائية .

(٥) التعرف على أثر العرف في التجريم .

(٦) التعرف على أثر العرف في العقاب .

أهمية الدراسة: لهذه الدراسة أهمية علمية وأخرى عملية:

١-**الأهمية العلمية** : تتمثل هذه الأهمية في إلقاء المزيد من الإيضاح على العرف الذي نظر إليه الشارع،واعتبر أحكامه،وقررها على وجه يشعر، بأنها شريعة عامة دائمة،وذلك من خلال معرفة، اثر العرف في التجريم، والعقاب، ومفهومهما،الذي يعكس تطبيقهما بشكل صحيح،وسليم،كأن يلحظ فيها من أسرار التشريع،ما يقتضي ذلك الدوام،وتكون أحكامه من الفقه الثابت،الذي لا يتغير،ولا يتبدل،فإن العرف الذي يعتمد عليه في الشريعة، ليس للشريعة في موضوعه حكم يدل عليه دليل تفصيلي،وتبرز أهمية هذا الجانب، في أن العرف له دور هام، في تفسير ألفاظ الأحكام ،وقد ينشئ أحكاماً جديدة، ويعدل الحكم القائم.

٢-**الأهمية العملية** : وتتضح هذه الأهمية، من خلال ما جرى عليه العمل ،سواء كان ذلك متعارفاً عليه بدون كتابة، بين أفراد المجتمع،أو كان مكتوباً لدى الأفراد،وكونه ملزماً تيسيرُ للناس، ودفعٌ للحرج، في نفوسهم، ومعاملاتهم،وأخذٌ بالضرورة،ولكون الأمة راضية عنه متفقة عليه، فأصبح الأخذ به ملزماً ، فاستعمال الناس حجة يجب العمل بها [(١)] لأنها تمثل قانونا غير مكتوب،بل محفوظاً في الصدور،ينتقل بين الأجيال، ليتسنى للجميع معرفته،ومطالعته،والوقوف عليه.

حدود الدراسة:تم البحث في هذه الدراسة عن الموضوعات المحددة، في فصول الدراسة عن العرف في القانون الجنائي،وذلك من خلال مكانة العرف في الشريعة الإسلامية، وكذلك القانون الجنائي الوضعي، وأثره في التجريم، وفي تشريع العقوبات، وكذا أثره في الإجراءات الجنائية،سواء في الشريعة،أو في القانون الوضعي.

---

(١) حيدر، علي ، (١٤١١هـ) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، بيروت ، دار الجيل

مفاهيم ومصطلحات الدراسة :

استخدمت الدراسة عدداً من المفاهيم والمصطلحات العلمية يمكن حدها في ما يلي:

١. **العُــرف** : بضم العين وراء ساكنة يطلق عادة على معان عدة منها :

عرف الرمل والجبل:كل ما كان ظهره وأعاليه،وعرف الديك والفرس والدابة:منبت الشعر والريش من العنق،والعرف والعارفة والمعروف: ضد النكر. وقيل: هو اسـم مـا تبذلـه وتسديه ؟! والعُرف بالضم والعِرف بالكسر الصبر[١] .

٢. **العرف اصطلاحاً**: هو ما تعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل[٢].

التعريف الإجرائي :

أن يقال " الأمر الذي استقرت عليه النفوس، في بيئة معينة، من قـول، أو فعـل، نتيجة المداومة والتكرار ".

القانون في الاصطلاح: مجموعة قواعد سلوك مأمور بها اجتماعياً ومصادقاً عليها تفرض على أعضاء المجتمع.[٣]

الجنائي لغة: نوعاً من الذنوب التي تستوجب العقاب في الدنيا أو الآخرة بحسب التعـاليم الدينية[٤] [٥] .

الجنائي في الاصطلاح: نسبة إلى الجناية والجناية جريمة يعاقب عليها القانون في جريمة شائنة، وهي تعتبر من الجرائم التي تحكم فيها المحكمة أحياناً كثيرة بعقوبـة الإعـدام أو الأشغال المؤبدة.

السوابق القضائية:هي القـــرارات الصـــادرة عن المحـاكم،على اختلاف أنواعها

---

(١) ابن منظور، جمال الدين بن محمد مكرم (١٩٩٩م) ، لسان العرب ، صححه أمين بن محمد بن عبد الوهاب ، ومحمد الصادق العبيدي، طبعة الثالثة، بيروت – لبنان – إحياء التراث العربي .

(٢) خلاف، عبد الوهاب (١٤٠٢-١٩٨٢م) ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ، ط ٥، بيروت، دار القلم، ص١٤٥

(٣) القاضي، انطون، المصطلحات الفقهية والقانونية، جزء ص ي، بيروت ، المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر ، ص١٢٤٥، كلمة قانون

(٤) ابن منظور، جمال الدين بن محمد مكرم (١٩٩٩م) ، لسان العرب ، صححه أمين بن محمد بن عبد الوهاب ، ومحمد الصادق العبيدي، طبعة الثالثة، بيروت – لبنان – إحياء التراث العربي .

(٥) جرجس (١٩٩٠م) ، معجم مصطلحات الفقهية والقانونية ، مراجعة القاضي انطوان الناشف ، طبعـة الأولـى ، بيـروت : الشركة العامة للكتاب ، ص١٣٠ .

ودرجاتها،في سابقة قضائية وهو ما يميز القانون"الإنجلو سكسوني" ورائده هـذا المجـال بريطانيا [1].

منهج الدراسة: اتبع الباحث، في الدراسة، المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي بين العرف واعتباره وشروطه في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي ودورهما في التشريع.

الدراسات السابقة:

ذكرت كثير من الكتب القديمة عن العرف وأهميته وخاصة في المعاملات المالية والأحوال الشخصية فكتب الأصول تحدثت عن العرف كمصدر من مصادر التشريع، والحديث عنه في مخصصات العام ومقيدات المطلق، والحقيقة والمجاز.

فيتضح من هذا أن مباحثه منثورة ومبعثرة في الكتب الأصولية والفقهية، وكتب قواعد الفقه، وهو ما يورث عناءً في جمعها وتمحيصها وصياغتها في موضوع واحد متكامل.

أما الدراسات والكتب الحديثة المعاصرة، التي تناولت هذا الموضوع بالبحث والدراسة فمن أهمها:

الدراسة الأولى:

العرف والعادة في رأي الفقهاء أحمد فهمي أبو سنة رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر (١٩٧٦م)،(ط ١) دار البصائر القاهرة. وهو من أنفس الكتب،وأكبرها فائدة، حيث وضع المؤلف أسساً علمية، أصولية، وجاء رحمه الله بفوائد عظيمة، وقواعد أصولية مفيدة.

أهداف الدراسة :

١. التعرف على سلطان الأعراف ومنزلتها ودورها في الأحكام .
٢. التعرف على نسبة العرف والعادة ووجه الشبه بينهما وأوجه الاختلاف .

(١) القيسى، رياض (٢٠٠٢م) ، علم أصول القانون ، طبعة الأولى ، بيت الحكمة ،بغداد ، ص٢٠٣.

٣. بيان أسباب العرف ومنزلته في الشرع .

٤. بيان تقسيم العرف إلى عرف شرعي، وعرف غير شرعي ، وتأثيرهما في الأحكام.

٥. إظهار طريقة القدماء بالاستدلال بالعرف .

٦. بيان أن العرف يرد إلى أصل المنافع ودفع المضار.

٧. بيان العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام.

منهج الدراسة : اعتمد الباحث على المنهج الوصفي الاستقرائي .

نتائج الدراسة :

- إيضاح رد العرف إلى دلالة الإجماع .
- بيان كون العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم يكون ظاهراً.
- مراعاة الشريعة للعرف في طوري الوحي والاجتهاد .
- احترام الشريعة للعرف الذي تحفظ به الحقوق ويصلح العباد.
- أثر العرف في العادة، والقضاء، والفتوى.
- يرجع للعرف، في فهم معاني الكتاب والسنة، بما هو المعهود عند العرب، في مخاطبتهم، ومعاملاتهم.
- سماحة التشريع، وتوسعته على الناس، وصيانته للحقوق العامة والخاصة.
- إقرار التشريع للعرف في الأمة لصلاحه واستفاضته .

الدراسة الثانية :

أثر العرف في التشريع الإسلامي بحث لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الأزهر (د. ط) دار الكتب الجامعي القاهرة في ١٣٨٩/٦/١٤هـ، السيد صالح عوض وقد تناولت الدراسة بيان أثر العرف في التشريع الإسلامي.

أهداف الدراسة :

١- التعرف على العرف، والعادة، عند الفقهاء، وبيان الفرق بين العرف والعادة.

٢- تقسيم العرف، إلى عرف ثابت، وعرف قولي، وعملي، وعرف عام، وخاص.

٣- التعرف على شروط العرف .

٤- التعرف على مدى اعتبار العرف، في مصادر التشريع .

٥- التعرف على العرف وقواعد الفقه موضحاً هل العرف انشأ قاعدة فقهية أم لا.

٦- التعرف على أثر العرف واختلاف الفقهاء .

منهج الدراسة : اعتمد الباحث، على المنهج الوصفي، الاستقرائي .

نتائج الدراسة :

- العرف له أثر في التشريع وأن جملة الأحكام ترجع إليه.
- الفرق بين العرف الصحيح والعرف الفاسد.
- بيان أن الأعراف التي لم يقم دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها،موضع نظر المجتهد.
- قاعدة العادة محكمة، رجعت إليها مسائل كثيرة في الفقه الإسلامي .
- العرف ليس سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء لأنهم جميعاً اعتبروه في بناء الأحكام.

الدراسة الثالثة:

العرف وأثره في الشريعة والقانون:

الباحث:أحمد سير المباركي.تقدم به لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء عام ١٣٩٢هـ .

وقد تناولت الدراسة التعريف بالعرف والعادة عند الفقهاء ، ومنزلة العرف في الفقه الإسلامي ، وكذلك منزلة العرف في القانون .

أهداف الدراسة:

١- تحديد ماهية تعريف العرف لغة واصطلاحاً في القانون وعند علماء الاجتماع .

٢- أسباب العرف، وتقسيماته إلى صحيح وفاسد وإلى عام وخاص وقولي، وعملي.

٣- بيان تعارض العرف مع غيره، من الأدلة الشرعية، وتعارض العرف مع التقنين.

٤- بيان حاجة العالم، إلى العرف، على مختلف أحوالهم، ورتبهم .

نتائج الدراسة:

١- أن للعرف دوراً هاماً،في قسم المعاملات،في كل من الفقه الإسلامي،والقانون الوضعي

٢- أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يحيل على العرف في كثير من المسائل.

٣- اعتبار العرف في الشريعة والقانون، بشروطه المتفق عليها.

٤- هناك فرق،في نظر الباحث،بين العادة، والعرف ، فالعادة أعم من العــرف، بالنــسبة للشريعة،أما في القانون،فإن العادة تعتبر مرحلة أولية، للعرف،(الركن المادي)، فــإذا مــا توفر فيها (الركن المعنوي)، ارتقت إلى درجة العرف .

منهج الدراسة : اعتمد الباحث، على المنهج الوصفي الاستقرائي .

الدراسة الرابعة:

نظرية العرف تأليف الدكتور / عبد العزيز الخياط مكتبة الأقصى، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان ١٣٩٧هــ.

أهداف الدراسة :

١- إبراز نظرية العرف، ونظرة الفقهاء إلى العرف .

٢- إظهار العمل بالعرف، وأن له التأثير الواضح على الأحكام الشرعية .

٣- بيان أن العرف،في نظر الباحث، لا يعتبر من المصالح المرسلة،بل يبقى دليلاً فرعياً.

٤- حاول الباحث، تقصي القواعد،لنظرية العرف، والتي بثها الفقهاء في مصنفاتهم .

نتائج الدراسة :

١- يعتبر العرف دليلاً، من الأدلة المختلف، فيها ويصار إليه في جملة الأحكام.

٢- أن العرف في نظر القانونيين، مصدر القاعدة القانونية، لأن العرف اعتيــاد النــاس، على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي الحياة في المجتمع.

٣- عرض المؤلف مزايا وعيوب العرف.

منهج الدراسة :

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي الاستقرائي .

التعليق على الدراسات السابقة :

بعد عرض أهم الدراسات السابقة التي دارت حول موضوع الدراسة.

تبين للباحث ما يلي :

١ - تتفق الدراسة الحالية، مع الدراسات السابقة، في عدة جوانب منها:

- الاهتمام ببيان العرف، ومنزلته في الشريعة، والقانون.
- تعريف العرف لغة، واصطلاحاً.
- منزلة العرف في التشريع الإسلامي .

٢ - وجه اختلاف الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة في ما يلي :

- إظهار منزلة العرف، في القانون الجنائي، ويظهر ذلك فيما يلي :
- بيان التفريق بين العرف، والعمل.
- بيان التفريق بين العرف، والسوابق القضائية.
- بيان التفريق بين العرف، والتقليد.
- أثر العرف في التجريم .
- أثر العرف في العقاب .
- اثر العرف في الإجراءات الجنائية في الشريعة .
- اثر العرف في الإجراءات الجنائية في القانون.

الفصل الثاني

مفهوم العرف وأقسـامه

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول: معنى العرف .

المطلب الأول: معنى العرف في اللغة

المطلب الثاني: العرف في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: العرف في القانون

المبحث الثاني: أقسام العـرف

المطلب الأول: أقسام العرف في الشريعة

المطلب الثاني: أقسام العرف في القانون

المبحث الثالث: شروط العرف

المطلب الأول: شروط العرف في الشريعة

المطلب الثاني: شروط العرف في القانون

المبحث الرابع:حجـية العرف

المطلب الأول: الاستدلال من الكتاب الكريم

المطلب الثاني: حجية العرف من السنة القولية

المطلب الثالث: حجية العرف من السنة الفعلية

المطلب الرابع: حجية العرف من السنة التقريرية

المطلب الخامس: قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بالعرف

المبحث الخامس: تمييز العرف عما يشتبه به

المطلب الأول: العرف والعادة

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة

المطلب الثالث: العرف والإجماع

المطلب الرابع: الفرق بين العرف والإجماع

المطلب الخامس: العرف والتقليد والفرق بينهما

المطلب السادس: الفرق بين العرف والتقليد

المطلب السابع: العرف والسوابق القضائية

المطلب الثامن: الفرق بين العرف والسوابق القضائية

المطلب التاسع: العرف والعمل والفرق بينهما

الفصــل الثانـي

مفهــوم العرف وأقسامه

المبحث الأول: معنى العرف ويتضمن:

المطلب الأول: معنى العرف في اللغة:

العرف في اللغة: (والمعروف كالعُرْف. وقولـــه تعـــالى: { وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً } [1]

أي:مصاحبة معروفاً) [2].

وقال صاحب مقاييس اللغة: (والعرف: المعروف، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليـــه قال النابغة:

أبى الله إلا عَدْله ووفاءه فلا النكر معروف ولا العرف ضائع)[3].

ويقول الزمخشري – وهو إمام فـــي اللغـــة :(والعـــرف:المعـــروف، والجميـــل مـــن الأفعال.وقريب من ذلك عبارة أبي السعود حيث قال في قولـــه تعـــالى: { وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ } [4]

بالجميل المستحسن من الأفعال، فإنها قريبة من قبول الناس من غير نكير). [5].

المطلب الثاني: العرف في الشريعة الإسلامية

تمهيد:

الثابت أن عرب الجاهلية لم يعرفوا وجود حكومة أو سلطه تتولى التشريع و لكنهم عرفوا جملة عادات وأعراف وتقاليد ساروا بمقتضاها،واحتكموا إليها وبها، حتـــى جـــاء الدين الإسلامي بتعاليمه السامية والتي تعرضت تعاليمه لأحكام العرف الجـــاهلي فـــأقرت بعضها وعدلت بعضا منها كما ألغت البعض الأخر[6].

---

(١) آية (١٥) من سورة لقمان .

(٢)ابن منظور، جمال الدين بن محمد مكرم (١٩٩٩م)، لسان العرب (١٤١/١١)، (مرجع سابق)

(٣) ابن منظور، جمال الدين بن محمد مكرم (١٩٩٩م)، لسان العرب (١٤١/١١)، (مرجع سابق)

(٤) سورة الأعراف، آية (١٩٦).

(٥) الزمخشري ، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر ، (ت٥٣٨هـ) (د.ت)، أساس البلاغة ، تحقيق ، عبد الرحيم محمـــود ، دار المعرفة، لبنان.

(٦) قاضي، محمد (١٤١٠) السياسة الشرعية،مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق، ط١ ، ص ١٥ .

يلاحظ ذلك المتبع لأحكام الإسلام عموما، فمثلا في ميدان الجنايات، قصر الإسلام المسئولية على الجاني نفسه، مقرا القصاص، وجعل ولى المجني عليه صاحب الحق في طلبه. وفى هذا تعديل كبير لما كان معروفاً لدى عرب الجاهلية من تحمل الجاني وأفراد قبيلته وزر الجناية.

وفى باب البينات أجاز الإسلام حلف اليمين، إذا عجز المدعى عن إقامة البينة على دعواه، وبذلك اعترف بحكم القسامة، على ما كانت عليه في الجاهلية. وهذا يوضح دخول أعراف الجاهلية الصالحة في صلب التشريع الإسلامي[1]، فأعطيت بذلك روحا جديدة، ووضعت في مسلك جديد من مسالك التشريع الإسلامي، الذي ارتضاه الله للبشرية جميعا.يضاف إلى ذلك أن علماء الشريعة الإسلامية، اعتبروا العرف فعلا، وأصلا من أصول الاستنباط، الذي تبنى عليه الأحكام. وما القول السائر " العادة محكمة " أو " المعروف عرفا كالمشروط شرطا،" إلا دليلا جليا على حجبة العرف كمصدر تشريعي[2].

ومن هنا يلاحظ الباحث ورود عدة تعريفات للعرف، من قبل العلماء قديماً، وحديثاً، تكاد تكون متقاربة في المعنى، وإن بدت متفاوتة المبنى، وفيما يلي أذكر بعض هذه التعريفات:

عرفه الجرجاني بأنه: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول،وتلقته الطبائع بالقبول" [3].

وعرفه ابن نجيم بأنه:" عبارة عما يستقر في النفوس، من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"[4].

وعرف ابن عابدين، العرف والعادة، بمعنى واحد. فقال (العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى، صارت معروفة مستقرة في النفوس، والعقول،

---

(١) زيدان، عبد الكريم (١٩٦٧) الوجيز في أصول الفقه ، ط٣ ، بيروت – دار الكتب العلمية ص ٢١٦ .
(٢) القيسي، رياض (٢٠٠٢) علم أصول القانون ص ١٣٩ (مرجع سابق).
(٣) الجرجاني، محمد بن علي نور، (١٩٩٠م)، التعريفات، ط٣، بيروت، مكتبة لبنان، ص٦٨. الجرجاني، محمد بن علي، عالم فاضل من أهل شيراز نقل إلى العربية رسالة، له كتب منها التعريفات توفى سنة ٨٣٠هـ.
(٤) ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، بن نجيم (١٤٠٠) الأشباه والنظائر،بيروت ، لبنان ص ٩٣. زين العابدين إبراهيم بن محمد الشهير بأبن نجيم، فقيه حنفي من العلماء، مصري، له مصنفات عديدة منها (الأشباه والنظائر) في أصول الفقه و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) وغيرها توفي سنة ٩٧٠هـ / الأعلام ، ج٣، ص٦٤.

متلقاة بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد.)[١].

ومن تعريفات العلماء المعاصرين للعرف :

عرفه الزرقا بأنه: "عادة جمهور قوم في قول، أو فعل." [٢]

وعرفه أبو سنه بأنه: " الأمر الذي أطمأنت إليه النفوس وعرفته ، وتحقق في قراراتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة"[٣]

وعرفه صالح عوض بأنه: " ما استقر في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه"[٤]

وعرفه الزحيلي بأنه: " ما اعتاده الناس وساروا عليه، من كل فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة،ولا يتبادر غيره عند سماعه" [٥].

وعرفه على حيدر"الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة"[٦].

هذا التعريف لا يعم الأعراف الصحيحة، والفاسدة، وكأنه خاص بالعرف العام الصحيح.

وعرفه الأستاذ خلاف "بأنه ما تعارفه الناس، وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك ويسمى العادة ، وفي لسان الشرعيين، لا فرق بين العرف والعادة[٧] "

---

(١) ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت)نشر العرف في بناء الأحكام على العرف مجموعة رسائل ابن عابدين، ، ج١، ص ١١٢ ." الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين – ولد بدمشق سنة١١٩٨هـ وكان فقيها أصولياً وتوفي بدمشق في سنة ١٢٥٢من الهجرة، من مؤلفاته: " رد المختار على الدر المحتار " " رسائل ابن عابدين ".
(٢) الزرقا، أحمد، (١٩٩٦م)، شرح القواعد الفقهية ، ط ٤،دمشق ، دار القلم ، ص ٨٤٠، تحقيق د. عبد الستار أبوغدة.
(٣) أبوسنه، أحمد فهمي، (د.ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء، (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر)، ط١، القاهرة، دار البصائر، ص ٨.
(٤) عوض،السيد صالح، (د.ت)،أثر العرف في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار الكتاب الجامعي، ص ٥٢.
(٥) الزحيلي، وهبه (١٤١٨هـ)، أصول الفقه الإسلامي، ط٢، لبنان، دار الفكر المعاصر، ج٢، ص ٨٢٩.
(٦) حيدر ، علي (١٤١١هـ) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، (مرجع سابق).
(٧)خلاف، عبد الوهاب، ١٩٤٧م ، أصول الفقه الإسلامي، ط ٢، بيروت، دار إحياء التراث العربي ، ص٨٩ خلاف ، عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف فقيه مصري من العلماء ولد سنة ١٣٠٥ بكفر الزيات توفي سنة ١٣٧٥هـ بالقاهرة له مؤلفات منها علم أصول الفقه.

التعريف المقترح عند الباحث :

أن يقال " الأمر الذي استقرت عليه النفوس، في بيئة معينة، من قــول، أو فعــل، نتيجة المداومة والتكرار ".

وبذلك يكون هذا التعريف متناسبا، مع الأساس لهذه الكلمة في اللغــة فــلا يكــون التصرف عرفا، إلا إذا كان متتابعا بين أفراد الأمة الواحدة، لأنه يتبــع مــرة ويتناســى أخرى، كما أن النفس تسكن إليه، وتطمئن به. وينبغي التنويه إلى أن هذا التعريف ينطبق على العرف العام ، أما إذا أردنا تعريفه بما أنه مصدر يجوز الرجوع إليه في الاستنباط ، وتفسير تصرفات الأفراد على طبقة، ويكون مقبولا من الشارع، فيجب أن يــصار إلــى تعريف العلماء قديما،مع ذكر قبول الشارع له، أو ما ذكروه من الطباع السليمة، كجــزء من التعريف[١].

العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

تبين للباحث أن العرف بالمعنى اللغوي: تتابع الشيء، متصلا بعضه بــبعض، والسكون والطمأنينة، كما ذكر سابقا أن هذين المعنيــين واردان فــي العــرف بــالمعنى الاصطلاحي إذ إن تتابع الشيء يؤدى إلى الرسوخ في النفس واطمئنانها إليه[٢] .

المطلب الثالث: العرف في القانون:

تمهــيد:

أ- **نشأة العرف:** ذكر المؤرخون أن العرف يعد من أقــدم المــصادر القانونيــة، ففــي الجماعات الأولى وقبل نشوء الدولة، ووجود هيئة تشريعية، اضطر الأفراد تحت ضــغط الحاجات، والظروف إلي إيجاد قواعد، تسد مطالبهم الاقتصادية، وحاجاتهم الاجتماعيــة، ومشاربهم الخلقية. [٣]

(١) الزبيري، عبد الملك ، أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته، وأثره في التشريع الإسلامي، صنعاء منــشورات ،جامعــة صــنعاء، ص٣١.
(٢) الزبيري ، عبد الملك ، أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي ص٥١(مرجع سابق).
(٣) أنور سلطان (١٩٨٣م) المبادئ القانونية العامة الطبعة الرابعة بيروت دار النهضة العربية.

ويكون ظهور تلك القواعد الأولى، وليد العقل الإنساني، ونتيجة تفكير هذا العقل، لإيجاد حل لتلك الحاجات، التي اضطرت الأفراد والجماعات لإيجاد حل لها، لتحقق للمجتمع أسباب الحياة، والعدالة فيه ، فتظهر أولى قواعد المجتمع، بمجرد اجتماع أفراده في بيئة واحدة. يحرص الجميع فيها علي إيجاد حل لتلبية حاجاتهم، ومتطلباتهم، وحل للخلاف، والنزاع الناشئ فيما بينهم. فإذا تكرر مثل هذه الحاجات وهذا النزاع بعد ذلك، اطرد اتباع ما وضع له من حل موفق. ويكون أتباع ذلك الحل، بادئ الأمر متروكا، لاختيار ذوي الشأن فيه، نظرا لما ينطوي عليه، من مزايا لهم إلى أن يوجد في الجماعة اعتقاد قوي، بضرورة اتباعه فيصبح واجب الاتباع. ويصير قاعدة قانونية ملزمة، جرى بها العرف، فالعرف يكون ذلك أول مصدر للقانون، في تاريخ المجتمع البشري. فهو المصدر الذي توحي به الفطرة في مجتمع بدائي، ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة، حيث تسيطر التقاليد العرفية ، والقوانين القديمة، التي يحدثنا عنها التاريخ، كالقانون العراقي القديم وغيره، ما هو إلا مجرد تدوين للقواعد العرفية التي كان معمولا بها.

فقد بدا القانون العراقي القديم، في صورة قواعد عرفية، ثم جاء (حمورابي) ليمعن النظر فيها بعد أن انشأ نظام الدولة. فجمعها بعد تهذيبها، ودونها جميعا في شريعته المشهورة.

وبدأ القانون الروماني مجموعة من القواعد العرفية، حتى إذا تقدمت المدينة الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح الاثني عشر. وأصبح التشريع، إلى جانب العرف مصدرا رسميا للقانون، يعاونه الفقه والقضاء.

وكان هذا أيضا شأن المجتمع العربي. فقد كان العرب، في عصر الجاهلية، خاضعين لمجموعة من الأعراف، منبثقة من طبيعة مجتمعهم، ومن عاداتهم القبلية، ومعتقداتهم الدينية. فجاءت الشريعة الإسلامية، وانتقصت من سلطان العرف، سواء بمنع الكثير من العادات،أو بتحوير وتعديل البعض الأخر،وقام الدين مصدرا رسميا للقانون،على أن يمنع من بقاء العرف مصدرا أصليا في الشريعة الإسلامية.وكذلك بدأ

القانون الانجليزي مجموعة من العادات، التي تخضع لها القبائل الانغلوسكونية ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية، التي فتحت الجزيرة الانجليزية في القرن الحادي عشر ٠ولما تطورت المدينة الانجليزية، صار القضاء،مصدرا رسميا، إلى جانب العرف٠ثم قام التشريع مصدراً أخر، فأصبح هو والقضاء، المصدرين الرسميين، في القانون الانجليزي، في الوقت الحاضر٠ كما بدأ القانون الفرنسي القديم عرفا،ثم امتزج به القانون الروماني، بعد الفتح الروماني٠ ثم ظهر القانون الكنسي، وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلي قسمين ،القسم الشمالي يطبق العرف، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني المكتوب، ولما قويت المملكة في فرنسا جمعت قواعد العرف، وقام إلى جانبها التشريع، كمصدر رسمي للقانون.

ومن هذه النظرة التاريخية العامة، يتضح أن العرف كان أول مصدر للقانون، في تاريخ المجتمع البشري٠ وانه بعد أن تقدمت البشرية، بقي إلى جانب التشريع كمصدر أيضا للقانون، إن لم يكن مباشرا فعلى الأقل غير مباشر(١).

ب – أهمية العرف كمصدر في القانون الوضعي الحالي على الرغم من انتشار التشريع، والتقنين في العصر الحالي، فان العرف لا يزال يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، في معظم الدول، لأن وجوده كمصدر احتياطي، يكمل ما في التشريع من نقص٠ ولذا فإن العرف كان له أثر كبير في تكوين القانون الوضعي، يظهر ذلك من خلال أثر العرف في فروعه فيما يلي:

-أثر العرف في القانون الدستوري:

يختلف أثر العرف في القانون الدستوري، باختلاف الدول ففي إنجلترا كان للعرف الحظ الأوفر، في تكوين القواعد الدستورية، وإن بدأ التشريع يأخذ مكانه، بجانبه كمصدر للدستور الإنجليزي في الوقت الحاضر(٢).

---

(١) عالية، سمير نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام ص ٣٩١ – ٣٩٣.
(٢) أنور سلطان (١٩٨٣م) المبادئ القانونية العامة ص١٥١- ١٥٢ (مرجع سابق).

- **أثر العرف في القانون الإداري:**

يقوم العرف في نطاق القانون الإداري بسد النقص في القواعد التشريعية ، وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري المصري (العرف الإداري الذي استقر العمل عليه واضطرد هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة،بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع،مما يجوز المؤاخذة عليه) ، ذلك إن المخالفة القانونية لا تقتصر كما تقول محكمة القضاء الإداري على مخالفة نص في القانون والأنظمة بل هي تشمل كل قاعدة جرت عليها الإدارة [١]

- **أثر العرف في القانون الدولي العام :**

يقوم العرف بدورهام،في تكوين قواعد القانون الدولي العام،نظراً لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة، بوضع أحكام هذا القانون كما هو الحال بالنسبة إلى القانون الداخلي.

ولذا فإن الكثير من المبادئ التي يتضمنها القانون الدولي العام، إنما مدارها العادة المطردة، التي اتبعتها الدول في تنظيم علاقاتها[٢].

- **أثر العرف في القانون الجنائي :**

لما كانت القاعدة في القانون الجنائي، أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي، انعدم أثر العرف كمصدر لهذا القانون ،والحكمة من تقرير القاعدة السابقة، هو ضمان حرية الأفراد(٣).

-**أثر العرف في القانون المدني :**

نظراً لغزارة القواعد التشريعية،في القانون المدني،وعناية المشرع بتنظيم وتفصيل أحكامه،لم يعد للعرف إلا دور واضح في مجال هذا القانون،ومع ذلك أن المشرع يحيل

---

(١) أنور سلطان (١٩٨٣م) المبادئ القانونية العامة ص١٥٢(مرجع سابق)
(٢) أنور سلطان (١٩٨٣م) المبادئ القانونية العامة ص١٥٢(مرجع سابق)
(٣) أنور سلطان (١٩٨٣م) المبادئ القانونية العامة الطبعة الرابعة بيروت دار النهضة العربية

إلى العرف كثيراً من الأحكام،كالقرينة العرفية التي تفترض ملكية الزوجة المسلمة لأثاث المنزل في مصر[1] .

-أثر العرف في القانون التجاري:

يقوم العرف بدور هام، في مجال القانون التجاري، لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية، وقصور هذه النصوص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتنوع أنواع التجارة من ناحية أخرى. كما أن المشرع قد يقعد قصداً، عن تنظيم بعض المسائل التجارية، تاركاً إياها للعرف، باعتباره أقدر على مواجهتها[2].

ومن الأمثلة على القواعد العرفية، في مجال القانون التجاري افتراض التضامن بين المدينين، بحيث يستطيع الدائن أن يحصل على كل دينه، من أي واحد منهم، في حين أن التضامن لا يفترض في القانون المدني، بل يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون .

(١) فرج، توفيق حسن، ومطر، محمد يحيى، (د.ت)، الأصول العامة للقانون، مصر ، القاهرة الدار الجامعية ص١٠٩.
(٢) الزبيري ، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته في التشريع الإسلامي (مرجع سابق)

المبحث الثاني: أقسام العرف

المطلب الأول: أقسام العرف في الشريعة

باعتبار استعماله: ينقسم إلى قسمين:

١ - **العرف القولي**: ذكر العلماء عدة تعريفات للعرف القولي، يذكر الباحث بعضاً منها :

عرفه القرافي بأنه: "أن تكون عادة أهل العرف،يستعملون اللفظ في معنى معين،ولم يكن ذلك لغة"[١]

وعرفه ابن عابدين:" بأنه إطلاق لفظ لمعنى، لا يتبادر عند سماعه غيره "[٢]

وعرفه الزرقا بأنه: "هو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ، أو التراكيب في معنى معين، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية[٣] ".

ومن خلال هذه التعريفات يتبين للباحث أن اللفظ يدل على معنى معين في أصله اللغوي، فيأتي الاستعمال فيتغير معناه الأول اللغوي، ليصبح ذا دلالة استعماليه جديدة، لا يتبادر إلى الذهن غيرها، فيكون العرف قد أعطى لهذا اللفظ وضعاً جديداً يسمى الوضع الاستعمالي.

ويرى الباحث أن التعريف المختار ما ذهب إليه الدكتور مصطفى البغا[٤] حيث قال "فالعرف القولي هو ما كان موضوعه استعمال بعض الألفاظ، في معانٍ تعارف الناس على استعمالها فيها".

---

(١) القرافي، شهاب الدين أحمد، (١٣٤٤) ، الفروق، مصر – مطبعة البابي الحلبي، ج ١، ص ١٧١ " أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين القرافي من علماء المالكية مصري المولد والمنشأ والوفاة له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها " أنوار البروق في أنواء الفروق منها (الذخيرة)(الخصائص في قواعد اللغة العربية) توفى سنة ٦٨٤هـ .

(٢) ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت) مجموعة رسائل ابن عابدين ، ج١ ، ص ١١٢ (مرجع سابق)،

(٣) الزرقا، أحمد بن محمد، (د. ت) ، شرح القواعد الفقهية، ط ٢، دمشق، دار القلم، ص ٨٥٤ (مرجع سابق).

(٤) البغا، مصطفى، (١٤١٣هـ) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ،ط٢-دمشق – دار العلم. ص٢٤٦

ومن أمثلة العرف القولي :

استعمال لفظ الدابة،واقتصاره على ذوات الأربع مـــن الخيل،والبغـــال،والحمير،مع أنها في أصل اللغة وضعت لكل ما يدب على الأرض[1]لقوله تعالى: { وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاَّ عَلَى اللّهِ رِزْقُهَا } [1].

وذلك كأن يشيع بين الناس، استعمال بعض الألفاظ والتراكيب، في معنـــى معـــين، بحيث يصبح هذا المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة، ولا علاقـــة عقلية، ولا يتبادر إلى الأذهان عند سماع هذه الألفاظ، أو التراكيب إلا هذا المعنى.

كلمة ولد، وضعت في الأصل لتدل على الذكر والأنثى، لقوله تعالى: { يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ } [3] ولكن الناس تعارفوا على إطلاقها على الولد، دون الأنثـــى[4] في رأي الباحث.

استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة في البلد، مهما كان نوعها ، فإذا أطلقت كان المراد بها النقد الغالب في البلدة، مع أنها في الأصل نقد فـــضي مـــسكوك، بـــوزن معين[5].

٢ - العرف العملي:

١ - هو اعتماد الناس،علي شيء من الأفعال العادية، أو المعاملات المدنية، الـــذي يـــدأب عليه الناس في أفعالهم وأعمالهم.

---

(١) القرافي، شهاب الدين أحمد، (١٣٤٤) ، الفروق ، ج ١، ص ١٧٢ (مرجع سابق)" أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبـــو العباس شهاب الدين القرافي من علماء المالكية مصري المولد والمنشأ والوفاة له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها " أنوار البروق على أنواء الفروق منها (الذخيرة)(الخصائص في قواعد اللغة العربية) توفى سنة ٦٨٤هـــ .

(٢) سورة هود ، آية ٦ .

(٣) سورة النساء آية ١١.

(٤) الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، (١٩٨٣م) دلالات النصوص وطرق استنباط الإحكام في ضوء أصول الفقه ، بغـــداد، مطبعـــة أسعد، ص ٥٦ .

(٥) البغا، مصطفى ديب، (١٤١٣هـــ)، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ط٢، دمشق، دار القلم، ص ٢٤٦.

٢ - هو ما جرى عليه عمل أكثر الناس، في جميع البلدان، أو في بعضها، [١] وما تعارف عليه الناس في حياتهم اليومية، في المأكل، والمشرب، والملبس، وكـذلك تعـاملهم فـي عقودهم المختلفة، تدخل في إطار باب العرف العملي.[٢]

وقد ذكر الشاطبي ،[٣] النوعين في العرف، (القولي والعملي) عند ذكـر أنـواع العوائد المتبدلة، فقال"ومهما يختلف في التعبير عن المقاصد،فتصرف العبارة عن معنـى إلى عبارة أخرى،أما بالنسبة لاختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم،أو بالنـسبة إلـى الأمـة الواحدة كاختلاف العبارات،بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم،مع اصـطلاح الجمهور،أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال،في بعض المعاني،حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه إلى فهم معنى ما،وقد كان يفهم منه قبل ذلك شيء أخر وكان مشتركاً فأختص أو مـا شابه ذلك "

باعتبار شيوعه: ينقسم إلى قسمين:

١ - **العرف العام**: ذكر العلماء عدة تعريفات للعرف العام، وفيما يلي أذكر بعضاً منها:

عرفه القرافي، بقوله: (أن يوضع اللفظ لمعنى يكثر اسـتعماله أهـل العـرف، لـبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه كلفظ الثوب صادق لغة على ثيـاب الكتـان،والقطن، والحرير، والوبر، والشعر، وأهل العرف إنما يستعملون من الثيـاب الثلاثـة الأول،دون الأخيرين)[٤].

وعرفه الزرقا بأنه: "اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية، أو المعاملات المدنية "[٥]

وعرفه محمد أديب صالح، بأنه: "ما تعارف عليـه النـاس،وجرى عليـه العمل،عنـدهم كاستصناع الأواني، ودخول الحمام،من غير تحديد زمن،ولا أجرة " [٦].

---

(١) المباركي ، أحمد سير (١٤٢٢هـ) - العرف وأثره في الشريعة والقانون ، ط١ رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء، الرياض ،إدارة البحوث العلمية والإفتاء ص٧٦.

(٢) ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج٢، (مرجع سابق).

(٣) الشاطبي .إبراهيم بن موسى .(١٣٤١) الموافقات القاهرة، دار الفكر ضبط محمد بن عبد الله دارز ٢ ص٥٨٣ " إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي القرناطي الشهير بالشاطبي أصولي حافظ من أهل غرناطة ومن أئمة المالكية توفي سنة ٧٧٩هـ له من الكتب الاعتصام ، والموافقات في أصول الفقه .

(٤) القرافي ، شهاب الدين أحمد ، الفروق (١٣٤٤هـ) ، (مرجع سابق) ، ص ١٣٧ .

(٥) الزرقا، أحمد، (١٤١٧هـ -١٩٩٦م)،شرح القواعد الفقهية، (مرجع سابق) ، ص٨٩ .

(٦) الصالح، محمد أديب صالح(١٤١٣هـ)، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، بيروت، المكتب الإسلامي، ج ٢، ص ٨٩.

ويمكن القول بأن العرف العام، هو ما تعارفه الغالبية العظمى من الناس في جميع البلدان. [1].

كتحديد مفهوم الحرز في الأموال، والمواشي، وغيرها.

٢ - العرف الخاص:

عرفه ابن جزي، بأنه: " ما تعارفته مجموعة من الناس،من قول أو عمل، صـــحيحاً، كان أو فاسداً، وأنتشر بينهم، بحيث تلقته نفوسهم بالقبول والاطمئنان إليه. [2].

وعرفه الخياط، بأنه: " هو الذي يختص ببلد، أو فئة من الناس، دون أخرى" [3].

وعرفه شلبي، بأنه:"هو ما كان من أهل إقليم خاص، أو طائفة معينة كالتجار والصناع وأرباب الحرف" [4].

وعرفه البغا بأنه: " هو الذي لم يتعامله أهل البلاد جميعاً، وإنما كان مخصوصاً ببلد، أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى " [5]

وكل من العرف القولي العام، والخاص، والعرف العملي العام، والخاص، قد يكـــون صحيحاً، وقد يكون فاسداً.

باعتبار وقوعه في الوجود: ينقسم إلى قسمين:

١ - العرف الثابت:

وهو العرف الشرعي، وهو كل ما كلف به الشرع وأمر به إيجاباً، أو ندباً، أو نهياً، عن كراهية أو تحريماً، أو أذن فيه فعلاً، أو تركاً، وثبت ذلك من نص أو كتاب أو سنة أو إجماع[6].

وهذا النوع ثابت أبداً كما جاء في الأمر بالصلاة وعدد ركعاتها، وشروطها، وأركانهـــا، وستر العورة، وإباحة ما أباح الإسلام في المعاملات الشرعية.

---

(١) الزبيري، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣م) العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي ص١٤٣ (مرجع سابق).
(٢) ابن جزي ، (د.ت)، تقريب الوصول ، بيروت، عالم الكتب ص ١٤٨ .
(٣) الخياط، عبد العزيز، (١٣٩٧هـ)، نظرية العرف، عمان، نشر مكتبة الأقصى ص ٣٣.
(٤) شلبي ، محمد مصطفى ، (١٤٠٣هـ) ، أصول الفقه الإسلامي، ط٤ ، بيروت، الدار الجامعية ، ص ٢٧ .
(٥) البغا، مصطفى ديب، (١٤١٣هـ)، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، (مرجع سابق)، ص ٢٤٨.
(٦) الزبيري، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣م) العرف حجيته وأثره التشريع الإسلامي (مرجع سابق)، ص ٢٣٠.

وبالتالي لا يصح أن يقال في شيء من أحكام الشرعية المستمرة، أن هذا حسن، وهذا قبيح، أو أنه في الشريعة أحكاماً تأباها طبيعة الإنسان، كالقصاص، أو طبيعة العصر، كتحريم الربا في المعاملات(١).

٢ - العرف المتغير:

وهو العرف الجاري بين الناس، بما ليس في نفيه، ولا إثباته دليل شرعي،و قد يكون ثابتاً وقد يتبدل ومع ذلك فهو سبب كالأحكام مترتب عليه، وهو على قسمين:

أ- فالثابت من العادات والأعراف لا تختلف باختلاف الأزمان، والأماكن، والأشخاص، والأحوال، لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان، وفطرته، وغرائزه، كشهوة الطعام والشراب، والحزن والفرح.(٢)

ب- الأعراف والعادة المتبدلة، غير المستقرة، وهي تختلف باختلاف العصور، والبيئات، والأحوال، وهي على أنواع:

الأول: ما يعود إلى اعتبار البقاع والبيئات، من حسن شيء،أو قبيحه، سواء أكان من الأوصاف، أو الأفعال، فيكون في أحدهما حسناً،وفي الآخر قبيحاً، مثل كشف الرأس، فقد كان في الماضي قبيحاً في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد العربية، ومثله الأكل في الشوارع، والأسواق، إلا أن هذا العرف أصبح عادة متعارفاً عليها، بين الناس فانتفى عنه القبح(٣).

وقد أشار إلى هذا المعنى الإمام الشاطبي في الموافقات، وقسمها باعتبار وقوعها في الوجود إلى عوائد ثابتة، وعوائد متبدلة.

أولاً: العوائد التي لا تختلف بحسب الاعصار، والأمصار، والأحوال، كالأكل، والشرب، والفرح، والحزن، والنوم، واليقظة، والميل إلى الملائم، والنفور عن المنافر، وتناول الطيبات، والمستلذات، واجتناب المؤلمات، والخبائث، وما أشبه ذلك.

---

(١) عوض السيد صالح، (د ت) اثر العرف في التشريع الإسلامي ص٩٥(مرجع سابق).
(٢) عوض، السيد صالح، (د.ت) أثر العرف في التشريع الإسلامي ، (مرجع سابق)، ص ٩٦.
(٣) الزبيري ، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣م) العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي(مرجع سابق)ص١٦٥.

ثانياً: العوائد التي تختلف باختلاف الاعصار، والأمصار، والأحوال، كهيئـات اللبـاس، والسكن، واللين في الشدة، والبطء، والسرعة في الأمور، والأناة والاستعجال، وما كـان نحو ذلك[1].

باعتبار موافقته ومخالفته للشرع: ينقسم إلى قسمين:

١ - **العرف الصحيح**: ما تعارفه الناس، وليست فيه مخالفة لنص، ولا تفويت مصلحة، ولا جلب مفسدة، كتعارفهم إطلاق لفظ على معنى عرفي لهم ،غير معنـاه اللغـوي[2] وهـو العرف الذي لا يتنافى مع مبادئ الشارع، كما في كثير من الأعراف التي توافرت فيهـا شرط عدم مخالفته لنص تشريعي، بمعنى أن يكون العرف متوافقاً مع نصوص الـشريعة الخاصة، وعمومياتها، فإنه في حالة المخالفة لا يعتني به ويكون ملغياً، كما فـي عـرف الجاهلية، في معاملة البنوة بالتبني معاملة البنوة الحقيقية، وكذلك في الأعـراف اللفظيـة، عندما لا يكون للشارع معنى خاص (حقيقة شرعية) فإنه يحمل علـى المعنـى العرفـي، وكثير من الأعراف التي عمل بها الشارع لعدم مخالفتها لمبادئه، وأحكامه،كالديـة التـي كانت سائدة في المجتمع الجاهلي ، وأقرها الإسلام ، فإنها كانت معروفة لدى الجاهليين ، فهذه من الأعراف التي شهد لها الشرع.[3]

٢ - **العرف الفاسد**: وهو العرف المخالف لنصوص الشارع، ومبادئه العامـة،أو يجلـب ضرراً،أو يفوت نفعاً،كتعارفهم ببعض العقود الربوية،أو بعض العادات المستنكرة[4]،كلعب القمار، فقد جرت عليه المعاملات، وبات من الأعراف المنتشرة في كثير مـن الأمـاكن، وهذه تكون أعرافا فاسدة،لا يجوز الاعتماد عليها، والاعتراف بها، كالتعارف على عـدم إقامة العقوبات على أشراف الناس.ومما يتداخل مع هذا التقسيم ما ذكره الـشاطبي مـن تقسيم العوائد إلى قسمين:

---

(١) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (١٣٤١) الموافقات القاهرة ، دار الفكر ضبط محمد بن عبد الله دراز ٢ ص٥٨٣ " إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي محدث ، أصولي، حافظ من أهل غرناطـة ومـن أئمـة المالكيـة تـوفي سنة٧٩٠هـ له من الكتب الاعتصام ، والموافقات في أصول الفقه .

(٢) خلاف، عبد الوهاب (١٤٠٢هـ) مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ط ٢، دمشق ، دار القلم ص١٤٦ .

(٣) شلبي، محمد (١٤٠٥هـ) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ط٢ ، بيروت – دار النهضة العربية ص٢٦٢.

(٤) خلاف، عبد الوهاب (مصادر التشريع فيما لا نص فيه) ص١٤٦ (مرجع سابق).

أ- شرعية وهي التي أقرها الشارع، أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشارع قد أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهي عنها، كما في ستر العورات، وسلب العبد أهلية الشهادة، والأمر بإزالة النجاسة، فهذه كلها إما حسنة عند الشارع، أو قبيحة، فإنها من جملة الأمور، الداخلة تحت أحكام الشرع، فلا تبديل لها، وإن اختلفت آراء المكلفين فيها.

ب- العوائد المادية بين الخلق، بما ليس في نفيه، ولا إثباته دليل شرعي ، كما في اختلاف التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارة عن معنى، إلى معنى، والحكم أيضاً يتنزل على ما هو معتاد فيه بالنسبة إلى من اعتاده، دون من لم يعتده، وهذا المعنى يجري في الأيمَان والنذور.

وهذا التقسيم ليس بخارج عن التقسيم المذكور، وإن فصل فيه من حيث العرف المقبول،والصحيح من غيره ولكنه ليس تقسيماً آخر[1].

المطلب الثاني: أقسام العرف في القانون:

قسم علماء القانون العرف إلى قسمين:

١- عرف آمر:

وهو: العرف المنشئ لقاعدة قانونية،لا يجوز للأفراد مخالفتها،ولا الخروج عليها،ويجبر الأفراد على احترامها،ولا يجوز لهم أن يتفقوا على مخالفتها[2] وهذا النوع يتناول أموراً، تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية،التي يحرص الأفراد أن لا يتخذوا سلوكاً، يتعارض مع المبدأ، الذي يتقرر بالعرف الآمر[3].

٢- عرف مقرر أو مفسر:

وهو: العرف الذي يقرر الحكم، في حالة عدم الاتفاق على خلافه، أو يفسر نية المتعاقدين، عند عدم الدلالة عليها، سواء أنشأ بذاته، أم بإحالة المقنن على عادة اتفاقه.

مثاله: ما جرى به العرف في مصر، من أن المرأة ترد على خطيبها الهدايا، التي قدمها لها من أجل الخطوبة، إذا لم يتم الزواج[4].

---

(١) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (١٣٤١) الموافقات ، ٢ ص٥٨٣ " (مرجع سابق).
(٢) عالية، سمير (١٤١٦هـ) علم القانون والفقه الإسلامي، ط٢ بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ص٣٣٥.
(٣) عالية، سمير (١٤١٦هـ) علم القانون والفقه الإسلامي (مرجع سابق) ص٣٣٦.
(٤) كيره، حسن، (١٩٩٣)، المدخل إلى القانون ط ، الإسكندرية – منقأة المعارف ، ص٨٤.

المبحث الثالث شروط العرف

المطلب الأول: شروط العرف في الشريعة

يشترط لاعتبار العرف و العمل به في الشريعة الشروط الآتية:

١ - **الاطراد والغلبة**: بحيث لا يتخلف إلا قليلاً، وهذا التخلف لا يقدح في العمل بالعرف، لأن العبرة بالغالب الشائع، لا بالقليل النادر، سواء كان ذلك العرف في الديار الإسلامية وسواء كان عرفاً قولياً أو عملياً.

قال ابن نجيم:" إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت [١].

وقال السيوطي: إنما تعتبر العادة إذا أطردت،فإن اضطربت فلا. [٢]"فإن استأجر خياطا، كانت الإبرة، والخيط على الخياط، عملا بالعرف، وفي استئجار الكاتب، القلم والحبر عليه".

وأن يكون العرف مطردا، المراد به هنا: كون العمل بالعرف جاريا، في جميع الحوادث.

ويكون العرف غالبا ويراد بالغلبة: كون العمل بالعرف جاريا، في معظم الحوادث، وليس بالضرورة أن يجري فيها جميعا [٣].

وذكروا أمثلة لذلك مثل لو باع شيئا بدراهم و أطلق، نزل على النقد الغالب، وذكر ابن نجيم أمثلة لذلك، (لو باع التاجر في السوق شيئا بثمن و لم يصرحا ولا تأجيل،وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما،انصرف إليه بلا بيان،قالوا: لأن المعروف كالمشروط. فإذا كان العرف غير مطرد فلا يؤخذ به ولا يعتبر، فإذا جرت عادة أهل بلد، على أن يتعامل بأمر ما،في بعض الحوادث، ويترك التعامل به في البعض الآخر، فلا يعتبر ولا يصلح دليلا).

---

(١) ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، (١٤٠٠) ، الأشباه والنظائر (مرجع سابق) ، ص ٩٤ .

(٢) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن،(١٣٩٩م)، الأشباه والنظائر، ط، ١ لبنان دار الكتب العلمية ص ٦٥ " هو عبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيرى جلال الدين السيوطى ولد فى مصر سنة ٨٤٩هـ وهو إمام حافظ ومؤرخ وأديب وله نحو ستمائة مصنف منها (الإتقان فى علوم القرآن) و (والأشباه والنظائر فى فروع الشافعية) و(الألفية فى مصطلح الحديث) وغيرها من التصانيف فى مختلف العلوم ،توفى سنة ٩١١هـ / الأعلام ،ج٣،ص٣٠١ -٣٠٢،البدر الطالع لـ محمد بن على الشوكانى – ط بدون تاريخ – دار المعرفة – بيروت.

(٣) ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (١٤٠٠هـ) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، (مرجع سابق)، ص٩٤ .

٢ - العموم:

المراد بالعموم هنا أن يكون العرف شائعا، مستفيضا بين أهلـــه، بحيـــث يعرفـــه جميعهم٠ ولا يقصد بالعموم والشمولية، أن تكون العادة شاملة لكل إقليم الدولـــة، إذ قـــد تكون خاصة بجزء معين من هذا الإقليم، أو بمدينة معينة فتكون محلية، أو بطائفة معينة، من الأشخاص يزاولون مهنة، أو حرفة معينة، فتكون العادة مهنية أو طائفية .

ويرجع هذا الشرط إلى أن العرف ينشيء قاعدة قانونية معينة،والقاعـــدة القانونيـــة لابد وأن تكون عامة مجردة٠لا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته،أو إلى أشـــخاص معينين[١] ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط .

فذهب بعض فقهاء الحنفية، والشافعية، إلى اشتراط عموميات العرف، على اعتبار أن العرف الخاص في نظرهم غير معتبر[٢].

وفي هذا يقول ابن نجيم:(هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق عـــرف ولو كان خاصاً)[٣]ويقول ابن عابدين (والمفهوم من كلام جمهـــور فقهـــاء الحنفيـــة، أن العرف الخاص لا يعتبر، وأن القول باعتباره قول ضعيف في المذهب، اللهم إلا إذا كـــان العرف مقرراً بالسنة فإنه يعتبر حينئذ)[٤]وممن صرح بالاشتراط من الشافعية ابن حجـــر الهيتمي٠ [٥]حيث قال: (أن العرف وإن اطرد من جهة لا يعول عليه بناء، على الأصـــح أن العرف الخاص لا يرفع اللغة، ولا العرف العام، ولا يعارضـــه، ومـــن ثـــم ضـــعَّف الجمهور قول القفال،أن العادة المطردة من ناحية تنزل منزلة الشرط) ويقول الـــسيوطي في أشباهه: (العادة المطردة في ناحية هل تنزل عاداتهم منزلة الشرط؟ فيه صورة منهـــا،

(١) عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ص ٣٩١.
(٢) ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، (د . ت) الأشباه والنظائر، ص ٩٣. (مرجع سابق).
(٣) ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، (د . ت) الأشباه والنظائر، ص ٩٥. (مرجع سابق).
(٤) ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج٢، ص ١٣٢(مرجع سابق).
(٥) الهيتمي، ابن حجر، (د. ت) الفتاوى الفقهية الكبرى، ص ٥٧ – ٥٨ " ، هو أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي شهاب الدين أبو العباس مولده في محلة في مصر سنة٩٠٩هـــ تلقى العلم في الأزهر وتوفي في مكة سنة ٩٧٤هـــ وله مصنفات منهـــا (تحفة المحتاج بشرح المنهاج) الفتاوى الهيتمية – الأعلام ص٢٦٦.

لو جرت عادة قوم بقطع الخضرم قبل النضج فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط وجهان: أصحها: لا وقال القفال: نعم)(١).

ويقول ابن نجيم: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)(٢).

ونقل ابن نجيم قول القرافي: (العادة غلبة معنى من المعاني على الناس وقد تكـــون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كالحاجة للغذاء، والتنفس في الهواء،وقد تكون خاصة ببعض البلاد،كالنقود،وقد تكون خاصة ببعض الأعرف كالأذان للإسلام،والناقوس للنصارى فهذه يقضي بها عندنا)(٣).

ومما سبق ذكره من النصوص الواردة،عن القائلين بعدم اعتبار الاشتراط، يتـــضح لنا أن القلة القليلة من فقهاء الشافعية، والحنفية، يذهبون إلى ذلك بينما بقية الفقهاء يقولون بالاشتراط٠كما أن المتتبع للفقهاء وعملهم بالعرف، لدى فقهاء الشافعية، و الحنفية،يرى أن الخلاف لفظي لا غير، وذلك لأنهم يقولون بالعرف الخاص ويبنون عليه أحكامهم.

فهذا ابن نجيم يقول:(وقد اعتبروا–أي الحنفية–عرف القاهرة في مسائل منها ما في فـــتح القدير من دخول السلم في البيت المبيع في القاهرة،دون غيرها٠لأن بيـــوتهم طبقـــات،لا ينقطع بها إلا به)(٤).

ومعلوم أن عرف القاهرة عرف خاص٠وقـــد اعتبـــره الحنفيـــة،و بنـــوا عليـــه الأحكام،وكذلك الشافعية، فقد جاء في كتاب الأم: (والحوائط ليس بحرز للنخل ولا للثمـــرة لأن أكثرها مباح يدخل من جوانبه فمن سرق من حائط شيئا من تمر معلق لم يقطع فـــإذا آواه الجرين قطع فيه وذلك أن الذي تعرفه العامة عندنا أن الجرين حرز وأن الحائط غير حرز)(٥).

---

(١) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، ١٩٩٦م، الأشباه والنظائر في أصول الفقه، (مرجع سابق)، ص١٠٦

(٢) ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (١٤٠٠) الأشباه والنظائر، ص ١٠٢(مرجع سابق).

(٣) ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (١٤٠٠) الأشباه والنظائر، ص ١٠٣(مرجع سابق).

(٤) ابن نجم، زين العابدين إبراهيم (١٤٠٠) الأشباه النظائر ص١٠٤ (مرجع سابق).

(٥) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (١٣٣٥هـ) ، الأم ، ط١، مصر المطبعة الكبرى الأميرية، ج ٥، ص ١٣٦الأمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ينتهي نسبه إلى عبد مناف جد النبي صلى الله عليه وسلم ولد بغزة ١٥٠هـ وتلقى=

ومن النص السابق يدل قوله: (وذلك أن الذي تعرفه العامة،عندنا أن الجرين[1] حرز وأن الحائط غير حرز) على اعتبارهم للعرف الخاص واعتمادهم عليه، وإنما الذي حملهم على الخلاف أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن العرف يخصص العام ويقيد المطلق فلما جاءوا إلى الشروط اشترطوا أن يكون العرف عاما في جميع البلاد الإسلامية. تبين لهم القول بتخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف. وعلى هذا حرصوا على أن العرف الخاص غير معتبر. وأما الذين لم يشترطوا العموم نظروا إلى الواقع العملي[2]، والعرف الخاص محكم في كثير من المسائل يدل على هذا قول ابن عابدين (التعارف العام يشمل مطلقا لجميع البلاد والعام في بلدة واحدة في كل منهما لا يكون عاما تبنى عليه الأحكام حتى يكون شائعا مستفيضا بين جميع أهله)[3].

٣ - عدم مخالفة العرف للنص الشرعي:

ويشترط في العادة، أو العرف، المعتبر شرعاً، ألا يكون معطلاً لنص شرعي، أو مناقضاً لأصل من الأصول الشرعية القطعية[4].

فإن خالف العرف النص الشرعي فهذه المخالفة لها حالتان:

أ- أن يخالف العرف النص الشرعي من جميع الوجوه، بحيث يلزم من العمل بالعرف ترك النص الشرعي، ففي هذه الحالة يكون هذا العرف فاسداً. فيحكم ببطلانه مثاله كما لو تعارف الناس في عصر من العصور على شرب الخمر، والتعامل بالربا، ووأد البنات، فهذه الأعراف أعراف فاسدة، دل الدليل على تركها، وعدم الالتفات إليها، لأن النص الشرعي مقدم على العرف. فقد جاءت الشريعة لتخضع الأفراد لحكمها، لا أن تخضع هي لأعرافهم، كما أن النص الشرعي يثبت الأحكام في أصول الشريعة، كما يثبتها

=العلوم بمكة والمدينة أمام المذهب الشافعي وتتلمذ على يديه أجلاء منهم أحمد بن حنبل و أبوثور له مأثر جليلة ومناقب عظيمة توفي بمصر ٢٠٤هـ من مؤلفاته الام ، الرسالة .

[1] وهو ما يوضع فيه الحبوب والثمار.

[2] الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (١٣٣٥هـ) ،الأم ، ط١،مصر المطبعة الكبرى الأميرية(مرجع سابق).

[3] ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت) مجموعة رسائل ابن عابدين، ص ١٣٢(مرجع سابق).

[4] عالية ، سمير ، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، (مرجع سابق).

في فروعها، بخلاف العرف، فإنه لا يقضي به إلا في الفروع٠ ولهذا لم يكن قادراً علـــى الوقوف أمام النص الشرعي)[١].

ب - أن تكون المخالفة من بعض الوجوه، دون بعض، بأن كان النص عامــاً، أو مطلقــاً، وخالفه العرف في فرد من الأفراد في العرف.

فإن كان خاصاً فلا تعتبر هذه المعارضة، لأن العرف الخاص لا يخصص العــام، ولا يقيد المطلق خلافاً (لمشايخ بلخ) من الحنفية، وإن كان عاماً فإنه يخصص العام، ويقيد المطلق، والحقيقة أنه ليس هو المخصص، والمقيد، بل المخصص، والمقيد، الإجماع الذي استند عليه العرف[٢].

فقد روى حكيم بن حزام[٣] قال: قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه) ثم ابتاعه من السوق فقال:(لا تبع ما ليس عندك)[٤] الحديث عام في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان.

قال الشيخ أبو سنه[٥] بعد ذكر الحديث المذكور: (فإنه عام ترك فـــي الاستـــصناع للتعامل) وفي حديث أبي هريرة نهى النبي صلى الله عليه وسلم: (عن بيع الغرر)[٦].

فإن البيع صحيح وذلك أن الأصل عدم صحة هذا البيع٠ وذلك لوجود الجهالة، ولكن ترك القياس هنا للتعامل وهو راجع إلى الإجماع[٧].

٤ - المقارنة أو السبق للتصرف عند إنشائه:

وهذا الشرط يتطلب في العرف، أو العادة، التي يراد تحكيمها فـــي التـــصرف، أن تكون قائمة وموجودة، عند نشوئه، وذلك بأن تقترن العادة بالتصرف دون تـــأخر عنـــه،

---

(١) عالية ، سمير ، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، (مرجع سابق) ،

(٢) أبو سنة ، أحمد فهمي (د ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء (مرجع سابق) – البغا ، مصطفى(١٤١٣هــ) الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (مرجع سابق).

(٣) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي الأسدي له حديث في كتب السنة روى عنه أبنه حزام اسلم عام الفتح وحسن إسلامه مات سنة ٥٨هــ وعاش ١٢٠سنة شطرها في الجاهلية وشطرها في الإسلام / الإصابة ج١ ص٢٤٩ .

(٤) لا تبع ما ليس عندك " أخرجه أبو داود كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٤٠.النسائي / كتاب البيوع ، باب ماليس عند البائع حديث رقم (٤٦١٥) . ابن ماجة في باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن حديث رقـــم (٢١٨٧).

(٥) أبو سنة (د ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء (مرجع سابق).

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع حديث رقم (١٥١٣)

(٧) أبو سنة(د ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٨٥، (مرجع سابق).

بحيث لو كانت طارئة فلا عبرة بها٠ ولهذا فإذا تزوج شخص من امرأة، دون أن يصرح بتعجيل بعض المهر، وتأجيل بعضه، فإن العادة المتعارف عليها وقت انعقاد الزواج، هي التي تكون فاصلة، في حال حصول نزاع ،على مسألة المهر٠ فإذا كانت العادة تقتضي بعدم التأجيل، ثم حصل نزاع بين الزوجين، بسبب أنها تغيرت إلى تعجيل بعض المهر، وتأجيل البعض، فإنه يحكم بالعادة، التي كانت موجودة وقت انعقاد الزواج، والتي تقضي بتعجيل المهر، ولا يعتد بالعادة الجديدة، التي تقول بالتعجيل والتأجيل،[١] كما يشترط في العرف أو العادة، أن تكون سابقة للتصرف عند إنشائه، والمقصود بالسبق هنا أن تكون العادة قديمة، أي يرجع نشوء العادة إلى زمن بعيد، يكفي للدلالة على تأصيلها في النفوس، على أنها ليست بدعة جديدة، أو نزوة عابرة، ولا يمكن تحديد المدة التي يتوافر بها القدم، لأن هذه المدة قد تختلف في كل نوع من العادات عنه في غيره، بحسب طبيعة المعاملات، التي تنشأ فيها هذه العادات.

فالعادات الزراعية تحتاج في تكوينها إلى مدة أطول، مما تحتاج إليه العادات التجارية، ولذلك يترك للقضاء ما إذا كان اعتياد الناس على سلوك معين، قد أصبح قديماً٠ بحيث يمكن القول باستقراره، أو عدم استقراره[٢].وفي هذا المعنى يقول الإمام السيوطي: (العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر) [٣].

ويقول الإمام الشاطبي أيضاً: (العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار فلا يصح أن يقضي بها على من تقدم البتة حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج فإن ذلك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرد العادة وكذلك في المستقبل ويستوي في ذلك أيضاً الوجودية والشرعية – أي العادة -)[٤].

ويقول ابن نجيم : (وبذا قالوا فلا عبرة بالعرف الطارئ)[٥].

---

(١) عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، ص ١١٢، (مرجع سابق).
(٢) عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، (مرجع سابق).
(٣) السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن، ١٣٩٩م، الأشباه والنظائر ، ص ٩٦، (مرجع سابق).
(٤) الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد (١٣٤١)، الموافقات في أصول الفقه، ج٣، ص ٢٢٠، (مرجع سابق).
(٥) ابن نجيم ، زين العابدين إبراهيم ،(١٤٠٠) الأشباه والنظائر، ص ١٠١، (مرجع سابق).

الخلاصة:

والخلاصة أن في كلام السيوطي، وابن نجيم، والشاطبي، ما يدل دلالة صريحة على أن العرف الذي يراد القضاء به في حادثة معينة، وفي زمن معين، لابد وأن يكون هذا العرف جارياً معتمداً، وقت وقوع الحادثة، التي يحكم فيها، ولهذا فلا يجوز أن يحكم بعرف قديم، على ما سيكون مستقبلاً، إلا أن يكون ثابتاً مستقراً[١].

٥ - الإلزام:

لا يكفي أن يكون العرف شائعاً، مستفيضاً بين الناس، بل يجب كذلك أن يتولد الاعتقاد لدى الأفراد، أن هذه العادة ملزمة، وواجبة الاتباع، باعتبارها قاعدة قانونية، لها في نفوسهم ما لسائر النصوص الشرعية، من احترام[٢].

ولقد وضع الفقهاء، على أثر هذا الشرط القواعد الفقهية المعروفة، والتي تؤكد على أن يكون العرف ملزماً ،وله سلطان على النفوس٠ ومن هذه القواعد الفقهية المشهورة قولهم، (العادة محكمة) (والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)[٣]، فكل هذه القواعد تبين أن من صفات العرف البارزة الإلزام، وإن لم يكن ملزماً لما أمكن تحكيمه وإلا فما معنى أن العادة محكمة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

والذي يريد الباحث التنويه إليه هنا بالنسبة لشرط الإلزام أن المراد به أن يكون هناك سلطان للعرف في النفوس فيكون واجب الاتباع حال القضاء به في الوقائع والأحداث والمستجدات المقارنة له، أو السابقة إن كان ثابتاً مستقراً، فيجب على الأفراد الانصياع، والتقيد بالأحكام، التي بنيت على العرف والعادة في هذه الأحداث أو الوقائع[٤].

---

(١) الزبيري ، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي ص١٢٠(مرجع سابق).
(٢) عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، ص ٤٠٥، (مرجع سابق).
(٣) البورنو ،محمد صدقي،(١٤١٦) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية،بيروت،مؤسسة الرسالة،ط٤، ص٤١٠.
(٤) قاضي محمد (١٤١٠هـ) السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق، ص٤٦٩، (مرجع سابق).

٦ - الانتقاص بالشرط:

المراد بهذا الشرط أن لا يعارض العرف،أو العادة تصريح بخلافها. وأساس هـذا الشرط القاعدة الفقهية القائلة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) فتنزيل الأمر المعروف منزلة الشرط، كان على أساس أن ترك التصريح بشرط يناقض العرف، يعنـي اعتمـاد العادة المتعارف عليها[1].

واعتبار العادة المتعارف عليها في هذه الحالة، من قبيل الدلالة، فإذا صرح بخلافها بطلت هذه الدلالة، إذ إنه من القواعد الفقهية المقررة.[2]. (أنه لا عبرة للدلالة في مقابلـة التصريح) ويقول العلامة التركي علي حيدر:(أن العرف يكون حجة إذا لم يكـن مخالفـاً لنص أو لشرط أحد المتعاقدين فلو استخدم شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه العمل من الصبح إلى المساء – بحجة أن عرف البلدة هكذا)[3].

وذكر أبو سنه: (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بمـا يوافـق مقصود العقد صح فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غيـر أكل وشرب بقطع المنفعة لزمه ذلك)[4].

المطلب الثاني: شروط العرف في القانون:

يشترط علماء القانون للعمل بالعرف خمسة شروط:

١ - أن يكون العرف عاماً:

وهذا الشرط نابع من خصائص القاعدة القانونية، إذ أن ما يميزها هـو عموميتهـا وشموليتها، وبما أن العرف يراد منه أن ينشئ قاعدة قانونية، فلذا يجب ألا يكون التصرف خاصا بفئة معينة، أو أشخاص معينين، ولا يخفى أن الأعراف تختلـف سـعة، وضـيقا، فهناك العرف العام الشامل، لجميع أفراد الإقليم، وهناك العرف الخـاص، بفئـة معينـة،

(١) البورنو ، محمد صدقي (١٤١٦هـ) الوجيز في إيضاح القواعد الكلية ص٤٣٩ ،(مرجع سابق).
(٢) البورنو ، محمد صدقي (١٤١٦هـ) الوجيز في إيضاح القواعد الكلية ص٤٤٩ ،(مرجع سابق)
(٣) حيدر، علي، ١٤١١هـ - ١٩٩٢م ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط ١،(مرجع سابق) ، ص ١١٩.
(٤) أبوسنه، أحمد فهمي، (د.ت)، العرف والعادة في رأي الفقهاء،(مرجع سابق)، ص ٦٧.

ومهما بلغت سعة أو ضيق العرف، فإنه يجب أن يتصف بالعمومية، بالنسبة إلى من يمكن مشمولا بهذه القاعدة مهما قلوا أو كثروا[١].

وبتعبير آخر يراد منه ألا يكون التصرف المعتاد عليه، مختصاً بـذات الـشخص لخصوصيته في نفسه، وكذلك من حيث المكان، فالعادة تكون شـاملة لكـل الأقـاليم، إذا طبقت في كل أجزائه، وقد تكون محلية إذا طبقت في جزء معين منه، وهذا أيضا لا يؤثر في عمومية القاعدة[٢].

٢ - أن يكون قديماً:

من الأمور التي تميز العرف أنه ينشأ بصورة تدريجية، ومن تكرارها ترسخ فـي الضمير العام، ومن هنا يجب أن تكون العادة قديمة، حتى أنها قد رسخت في المجتمـع، وهذا ما يميزها عن التصرف الشخصي الذي يستحدثه الإنسان، "علي أنه لا يمكن تحديـد المدة التي يجب أن تتوفر فيها القديم اللازم لتكوين العرف وذلك لأنها تختلف في كل نوع من العادات حسب طبيعة المعاملات "، وقد أشار البعض، إلى أن الغالب أن تبلغ من القدم مدة ينسى الناس بمضيه تاريخ نشوئها، وهو أمر يخضع لتقدير القاضي، ويتأثر في تقديره بطبيعة المعاملات، التي تنشأ فيها العادة، فالعادات الزراعية تحتاج في اسـتقرارها إلـى زمن أطول، مما تحتاجه العادات التجارية. ومع إصرار أساتذة القانون علي ذكـر هـذا الشرط، لكن يمكن القول أن هذا الشرط لا يؤثر في اعتبار عادة ما قاعدة عرفية، يطبقها القاضي، خصوصا بعد توافر الشروط الباقية، وذلك لأن الغرض من هذا الـشرط هـو ضمان ثبوت العادة، واطراد العمل بها، وترسخها في النفوس، وهذا قد لا يحتاج إلى فترة طويلة، وهذا الهدف يوفره شرطا العمومية والثبات، خصوصا إذا أخذنا في نظر الاعتبار فروع القانون المختلفة، ففي بعض صور العرف الدستوري – مثلا – قد يكون تـصرف رئيس الدولة متى اعتاد على إصدار نوع معين من القرارات، فتنشأ عن تكـراره وعـدم

---

(١) فرج، توفيق حسن، ومطر، محمد يحيى، (د.ت)، الأصول العامة للقانون،.ص٦٠ (مرجع سابق).المباركي ، أحمد (١٣٩٢). العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).

(٢) فرج، توفيق حسن، ومطر، محمد يحيى، (د.ت)، الأصول العامة للقانون،.ص٦٨ (مرجع سابق).المباركي ، أحمد (١٣٩٢). العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).

الاعتراض عليه عرفا، يخوله إصدار قرارات، من هذا النوع وهو لا يحتاج إلـى فتـرة زمنية طويلة، بينما بعض الأعراف تحتاج إلى فترة طويلة، فالنظام البرلماني الإنجليزي، احتاج إلى ١٥٠ سنة لكي يأخذ شكله المعروف، وهكذا في العرف الدولي قد يكون تكرار الحل عددا قليلا من المرات كافيا في استقرار العرف وترسخه في المجتمع[١] .

ويلاحظ الباحث أن المهم هو مدى استقرار العادة، ومدى ترسخ الشعور بوجـوب إتباعها، وهذا ما قد يحدث في فترة قصيرة، أو طويلة، نوع العرف وطبيعة المعـاملات٠ ولا يكون لشرط القدم موضوعية خاصة.

٣ - أن يكون ثابتاً ومطرداً:

ويراد بثبات العادة، أن يطرد اتباعها، بطريقة منتظمة، علي نحو يتوفر فيها معنى الاستقرار، فلا يتبعها الناس في أوقات، ويعدلون عنها في أوقات أخرى، يقول أحد القضاة الإنجليز في هذا الشأن: " إذا كان التدخل أو الانقطاع للعرف المدعى به قد استمر لمـدة معقولة فان ذلك بحد ذاته يوحي بقوة بأنه لم يكن هناك عرف مـن حيـث الأسـاس ".[٢] ويعود للقاضي أمر تقدير استمرارية العرف والتأكد منه وذلك لأنه يختلـف مـن حالـة لأخرى، وبالطبع هذا لا يعني ضرورة اتباع العادة في كل التصرفات فإن عدول بعـض الأشخاص عن اتباعها، أو عدول الشخص عن اتباعها في بعض المعاملات، لا يؤثر فـي ثبات القاعدة واطرادها، مادام عدم الاتباع يشكل الحالة الشاذة لا الحالة العامة، بل يبقـى العمل على طبق العادة هو المهيمن، والمسيطر على كافة الأفراد وفي كافة المعاملات [٣]. وهذا الاستمرار،والثبوت،إنما يعتبر بجمهور الناس،أما الأقلية فلا أثر لها في الثبوت.[٤].

٤ - أن يكون العرف موافقاً للآداب العامة:

إذا كانت النصوص التشريعية واضحة وبينة، فإن النقاش يثار حول المـراد مـن النظام العام والآداب العامة، وهما من المفاهيم الغامضة، والتي تحتمل أكثر من تفـسير،

---

[١] فرج، توفيق حسن، ومطر، محمد يحيى، (د.ت)، الأصول العامة للقانون،ص١٠١، (مرجع سابق).
[٢] عالية، سمير، (د ت)، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، ص٤٠٣، (مرجع سابق).
(٣) المباركي، أحمد (١٣٩٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
[٤] المباركي، أحمد (١٣٩٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).

فان فكرة النظام العام إنما هي فكرة نسبية تتبدل حسب المكان والزمان، أما فكـرة الآداب العامة فهي التي تعبر قانونا، من الحد الأدنى المفروض في الحياة الاجتماعية وهي أيضا فكرة نسبية تتبدل في الزمان[١] .

ويفرق البعض في هذا الشرط بين العرف المحلي، والعرف الشامل، لكـل أبنـاء الإقليم، حيث يتصور في الأول مخالفته، وذلك لأن هذا العرف الشامل يكون في ضـمير الجماعة بأسرها، ويكون قد ساهم في تحديد فكرة النظام العـام والآداب العامـة، إلا إذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام، والآداب مقررة بنصوص تشريعية آمرة، يكون لهـذا الشرط محل [٢].

وهذه الشروط الأربعة قد أجمع أساتذة القانون علي ذكرها وتبيانها، وتوجد شروط أخرى ذكرها بعض الأساتذة؛ وهي:

أ - معرفة الناس أن عمومية العادة لا يمكن تحققه إلا إذا شاع وجودهـا بـين النـاس، وأحاطوا علما بمضمونها، واندفعوا إلى إتباعها عن بينة واختيار، ذلك لأن الجهل بها من قبل أغلب من يتعلق بهم حكمها يطعن في نشوئها واستقرارها[٣].

ويمكن التأمل في هذا التبرير حيث أن المعرفة العامة، للقاعـدة القانونيـة ليـست شرطا، في تطبيقها، والقاعدة العرفية، قاعدة قانونية، نشأت ضمن المجتمع، وطبقها أغلب الأفراد، وجهل البعض بها لا يمنع من تطبيقها، حالهـا حـال بقيـة القواعـد القانونيـة التشريعية، التي لا يشترط في أعمالها علم المتعاقدين بها، بل حتى على فرض الجهل بها، فإن التصرف القانوني يكون مبنيا عليها، وعلى القاضي تطبيقها.

ب- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع، أما ما ينـشأ فـي مجاملاتهم ومظاهرهم كتبادل الهدايا، والزيارات في المناسبات، فلا يـدخل فـي دائـرة العادة، التي ينشأ عليها العرف ولعل إدراج هذا الأمر ضمن الركن الثاني أنـسب، لأنـه

---

(١) المباركي، أحمد (١٣٩٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
(٢) كيره، حسن، (١٩٩٣)، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف، ص ٣٧٥، (مرجع سابق).
(٣) المباركي، أحمد (١٣٩٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).

يتعلق بالركن المادي، المعتمد علي التكرار وتثبيت الواقعة، وهو الصدق باعتماد الجماعة بهذا التصرف ومدى إلزاميته[١] .

٥ - احترام العرف:

واعتباره ملزماً للجماعة، شأنه في ذلك شأن القاعدة القانونية، فإذا ما وجـد هـذا الشرط، ارتفعت العادة إلى درجة العرف، أما إذا لم يتوفر الشرط فلا يعتبر عرفاً، وتبقى العادة قاصرة عنه[٢].

---

[١] المباركي ، أحمد (١٣٩٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون.(مرجع سابق).
[٢] المباركي ، أحمد (١٣٩٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون.(مرجع سابق).

المبحث الرابع: حجية العــرف

الأدلة علي اعتبار العرف من الكتاب والسنة

المطلب الأول: الاستدلال من الكتاب الكريم:

١ - قولة تعالى { خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ } [١]

وممن استدل بهذه الآية، على حجية العرف، القرافي، في مسالة اختلاف الزوجين، في متاع البيت، قائلاً: فكل ما شهدت به العادة قضى به في الظاهر لهذه الآية، إلا أن يكــون هناك بينة.[٢] والاستدلال مبنى على المراد من العرف، عادات الناس، وما جرى التعامل بينهم، فحيث أمر الله نبيه به، دل ذالك على اعتباره في الشرع. وإلا لما كان لآمــر بــه فائدة فالعمل بالعرف هو مقتضى الأمر .

٢ - قوله تعالى { وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ } [٣]

قال الإمام القرطبى في تفسيره لهذه الآية : واللائي لم يحضن يعنى الصغيرة فعدتهن ثلاثة أشهر، فاضمر الخبر . وإنما كانت عدتها بالأشهر، لعدم الأقراء فيها عادة، والأحكام إنما أجراها الله تعالى على العادات، فهي تعتد بالأشهر فإذا رأت الدم في زمــن احتمالــه عند النساء، انتقلت إلى الدم لوجود الأصل. فإذا وجد الأصل، لم يبق للبدل حكم، كما أن المسنة إذا اعتدت بالدم، ثم ارتفع عادت إلى الأشهر، وهذا إجماع .ولا شك انــه يقــصد بالإجماع هنا العرف[٤] .

---

(١) سورة الأعراف آية ١٩٩.

(٢) القرافي ، شهاب الدين أحمد ، الفروق (١٣٤٤هـ) ، (مرجع سابق) ، ص ١٤٩ .

(٣) سورة الطلاق آية ٤.

(٤) القرطبى ، محمد بن أحمد الأنصاري (١٣٥٦) – مصر – دار الكتب المصرية ج٢،ص١٦٥ ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي تفقه على مذهب مالك واعتنى بتفسير القرآن الكريم توفى بمصر ٦١٧هـ له الجامع في أحكام القرآن .

٣ - قولة تعالى: { لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً } [١]تفيد الآية أن النفقة ليست مقدرة شرعا، وإنما تقدر عادة، بحسب الحالة من المنفق، والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد، وعلى مجرى العادة،[٢]ومما لاشك فيه إن الذي يقدر النفقة هو القاضي،الذي يراعى حالة كل من الزوج،والزوجة،وعدد الأولاد،وسنهم،فيجرى عليه من النفقة ما تستدعيه حالته المادية.

٤ - قال تعالى: { وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا } [٣]

قال أبو بكر الجصاص في تفسيره لهذه الآية:(قوله بالمعروف يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة على قدر حال الرجل في إعساره،ويساره،أذ ليس المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف ويدل أيضا على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج يدل على ذالك تكملة الآية: لا تكلف نفسا إلا وسعها فإذا اشتطت المرأة وطلبت أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذالك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يجب ذلك واجبر على نفقة مثلها)[٤]

٥ - قوله تعالى: { وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ } [٥]

قال ابن العربي في تفسيره لهذه الآية :(ولكن العرف يقضي بأنه –الرضاع- عليها إلا أن تكون شريفة٠ وما جرى به العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى

(١) سورة الطلاق آية ٧.
(٢) أبن العربي ، أبو بكر (١٣٥٨) أحكام القرآن ، لبنان ومصر ، دار الفكر.
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٤) الجصاص ، أبو بكر أحمد علي الرازي (١٣٣٨) أحكام القرآن ، القسطنطينية ، الأوقاف الإسلامية. ج٢، ص ٣١٠.
(٥) سورة البقرة آية ٢٣٣.

بـــه فـــي الأحكـــام والعـــادة إذا كانـــت شـــريفة لا ترضـــع فـــلا يلزمهـــا ذالـــك)[1]

٦- قوله تعالى: { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى } [2]

هذه الآية تدل على تسويغ الاجتهاد بالرأي في أحكام الحوادث، إذ لا توصل إلـــى تقدير النفقة بالمعروف، إلا من جهة غالب الظن. وأكثر الرأي إذا كـــان ذلـــك معتبـــرا بالعادة، وكل ما كان مبنيا على العادة، فسبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذا ليـــست العـــادة مقصورة على مقدار واحد لا زيادة عليه ولا نقصان [3]

٧- قوله تعالى : { قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ { ٢٦ } وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِن الصَّادِقِينَ } [4]

قال ابن العربي :(قال علماؤنا : في هذا الدليل على العمل بالعرف، والعادة، لمـــا ذكر من اخذ القميص مقبلا، ومدبرا، وما دل عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف، وهذا أمر تفرد به المالكية) [5].

المطلب الثاني: حجية العرف من السنة:

إن صلة العرف بالشريعة الإسلامية، ترجع إلى أن الشارع الحكيم يقـــر الـــصالح المعقول، من عرف الناس، وعاداتهم، ويجعله قانوناً، أو أصـــلاً تبنـــى عليـــه الأحكـــام الشرعية. ولقد دلت السنة النبوية على اعتبار العرف والاعتداد به، ومراعاته عند تطبيق الأحكام الشرعية. وفى هذا المطلب سأبين أدلة اعتبار العرف من السنة فيما يلي:

١- دلالة حجية العرف من السنة القولية: والسنة القولية،هي الأحاديث التي صدرت عن النبي صلى الله عليه وسلم في المناسبات المختلفة والأغراض المتعددة ، حيث أن النبـــي

---

(١) ابن العربي، محمد ، بن عبد الله (د ت)، أحكام القران ط٢ ، بيروت ، عالم الكتب ، ج٤ ص٢١٥ " : محمد بن عبـــد الله المعافري الأشبيلي المالكي مولده سنة ٤٦٨هـــ وكان فقيهاً محدثاً أصولياً توفي عام ٥٤٣هـــ، له مصنفات كثيرة ،منها(أحكـــام القرآن) .
(٢) سورة الطلاق آية ٦.
(٣) الجصاص أبو بكر أحمد علي الرازي (١٣٣٨) أحكام القرآن ، القسطنطينية ، الأوقاف الإسلامية ، ج٦/٢٧٠.
(٤) سورة يوسف آية ٢٦ -٢٧ .
(٥) ابن العربي، محمد ، بن عبد الله (د ت)، أحكام القران (مرجع سابق).

صلى الله عليه وسلم تلفظ بها تبعاً لمقتضيات الأحوال، ومما يدل على احتجاج العرف مما يلي:

أ- قول ابن مسعود:(ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح)[١]

ومن ذهب إلى الاستدلال بهذا الحديث السرخسى[٢] في المبسوط ، والسيوطي [٣] في الأشباه والنظائر، قال في قاعدة العادة محكمة : أصلها قوله صلى الله عليه وسلم :(ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[٤] ووجه الاستدلال بالحديث عند من استدل به أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسناً قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه ، لأن الله تعالى لا يحكم الباطل ، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنه المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره[٥] وفى هذا الحديث قد ورد إشكال في لفظ المسلمين فهل المقصود بالمسلمين في الحديث هم عامتهم ام هم الصحابة رضي الله عنهم، أم المقصود بالمسلمين هم أهل الرأي والاجتهاد، وقد ذهب العلماء في ذلك إلى مذهبين:

القول الأول: أن من يرى أن اللام في لفظ (المسلمون) ليست لمطلق الجنس، بل للعهد. والمعهود يكون ما ذكر في الحديث،أي هم الصحابة، فيكون المراد بالمسلمين في حديثه هم الصحابة.

القول الثاني:ومن يرى أن اللام في(المسلمون) لاستغراق خصائص الجنس،يرى أن المسلمين يراد بهم أهل الاجتهاد.وبالتالي يكون معنى الحديث(ما رآه أهل الاجتهاد حسناً

---

(١) رواه أحمد والطبرانى / انظر المسند، ج٣ ، ص٥٠٥ ، حديث رقم (٣٦٠٠) انظر المعجم الكبير للطبرانى ، ج٩ ، ص١١٢، حديث رقم (٨٥٨٢) تحقيق حمدى بن عبدالمجيد السلفى ، مكتبة العلوم والحكم ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م / انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن ابى بكر الهيثمى ، ت٨٠٧هـ ، بتحرير الحافظين الجليلين العراقى وابن حجر، ج١، ص١٨٢، كتاب العلم ، باب فى الإجماع ، طبعة ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م، مؤسسة المعارف ، بيروت ، وقد ذكر الأستاذ أحمد محمد شاكر بأن إسناده صحيح وهو موقوف على ابن مسعود، وصححه الألبانى أيضاً / انظر إرواء الغليل ، ص١٣٢، حديث رقم (١٢٩٢) .

(٢)السرخسي ، محمد بن أحمد (١٣٢٠هـ) المبسوط ، ط١ ، مصر – مطبعة السعادة ، ج١٢ ،ص ٤٥، هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة من كبار الأحناف – مجتهد من أهل سرخس له مصنفات من أشهرها (المبسوط) فى الفقه وله (شرح الجامع الكبير) و (الأصول في أصول الفقه) توفى سنة ٤٨٣هـ ،الأعلام ٣١٥/٥ .

(٣) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن،(١٣٩٩م)، الأشباه والنظائر (مرجع سابق) ص١٠٣.

(٤) ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، (١٤٠٠) ، الأشباه والنظائر (مرجع سابق) ، ص ١٣٥ .

(٥) عبد القادر، محمد، (د، ت) العرف عند الحنابلة، بيروت، طبعة دار الفكر ، ص١١٩.

فهو عند الله حسنٌ)[١] ويؤيد هذا القول ما ذهب إليه الإمام ابن القيم،حيث يقول:إن الـرأي ما يراه القلب بعد فكر وتأمل ، وطلب لوجه الصواب ، مما تتعارض فيه الأمارات فـلا يقال أن رأى وهذا غير ميسور لكل واحد من المسلمين[٢] ومما يؤيد هذا القول ما ذهب إليه الآمدي [٣] في قوله :(ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ) إشارة إلى إجماع المسلمين والإجماع حجة،ولا يكون إلا عن دليل،وليس فيه دلالة علـى أن مـا رآه احـد المسلمين حسناً أنه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه أحد العوام من المسلمين حسناً فيكـون حسنا عند الله أ. هـ .

وما يؤيد هذا القول أيضا ما جاء في الإحكام لابن حـزم .[٤]قولـه :(إن الحـديث المذكور لو أتى من وجه صحيح فإنه يدل على أن إجماع العلماء مـن المـسلمين أولـى بالاتباع مما رآه غيره من المسلمين ولو كان ذلك ممكناً لكنا مأمورين بالـشيء وبفعـل شيء وتركه معاً وهذا محال لا سبيل له)[٥] ودلالة الحديث على حجية الإجماع لا يمنع أن يدل كذلك على اعتبار العرف وخاصة ما رجع إلى الإجماع العملي فما رآه أهل الإجماع من أهل العرف حسناً وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيحٌ[٦]. وواضح مما تقدم أنه لا مـانع من أن يكون المقصود بالمسلمين في الحديث هم الصحابة، وأئمة السلف، والخلف، مـن أهل الحل والعقد، والغيرة على الإسلام، والمسلمين المجتهدين أصحاب العلـم بمقاصـد التشريع ، ولا يشمل عموم المسلمين، وذلك أن المسلمين على عهد وغيرة[٧]، ويخرج من هذا اللفظ عموم المسلمين لما تقدم ذكره . والعرف الذي تحدث عنه الفقهاء، واستدلوا على

---

(١) عبد القادر، محمد، (د، ت) ، العرف عند الحنابلة، ص١٣٠، (مرجع سابق).
(٢) ابن القيم ، محمد بن بكر (١٣٧٤)، أعلام الموقعين ط٢- مصر مطابع السعادة،ج٢ ، ص٦٨) هو محمد بن أبى بكر أيوب بن سعد الزرعى الدمشقى أبو عبد الله شمس الدين ، ولد سنة ٦٩١هـ ووفاته سنة ٧٥١هـ في دمشق ، له مصنفات من أهمها (أعلام الموقعين) و(الطرق الحكمية في السياسة الشرعية وغيرها ،الأعلام ، ج٦،ص٥٦ .
(٣) الأمدي ،سيف الدين ،(١٣٧٨) الإحكام في أصول الأحكام ، ط٢ ، مصر ، مطابع النور ، تحقيق عبد الرزاق عفيفـي ج٤ ، ص١٥٩، هو سيف الدين أبو الحسن على بن أبى على بن محمد بن سالم التغلبى الملقب ، بسيف الدين الآمدى ، له مصنفات منها الأحكام فى أصول الأحكام توفى فى دمشق سنة ٦٣٨هـ / الأعلام ، ج٤، ص٣١٣.
(٤) ابن حزم،علي بن أحمد (د ت) الأحكام،بيروت،دار القلم ج١٠٩/٣على بن أحمد سعيد بن حزم الظاهري أبـو محمـد عـالم الأندلس في عصره واحد أئمة الإسلام مولده سنة ٣٨٤هـ ووفاته ٤٧٩هـ كان فقيهاً حافظاً له مصنفات كثيرة منها(الفصل فـي الملل والنحل) و(له المحلى) و(الأحكام لأصول الأحكام)الأعلام،ج٤ ص٢٥٤ – ٢٥٥ .
(٥) ابن حزم، علي بن أحمد (د ت) الأحكام – (مرجع سابق)، ج١١٤/٣.
(٦) عوض صالح ، العرف وأثره في الشريعة ، ص١٨١. (مرجع سابق).
(٧) عوض صالح ، العرف وأثره في الشريعة ، ص١٨١. (مرجع سابق).

اعتباره بهذا المعنى يكون داخلاً في مدلول الحديث، عندما يستدل به على اعتبار العرف، سواء روى الحديث مرفوعاً أو موقوفاً [(١)] ويرى بعض العلماء المعاصرين إن الاستدلال بالحديث لا يكون للعرف بذاته وإنما ببعض أنواعه، وممن ذهب إلى ذلك الدكتور سيد صالح حيث يقول:(لا مانع من الاستدلال بالحديث على اعتبار بعض أنواع العرف وهو ما يرجع إلى الإجماع ودلالته لا إلى العرف بذاته أو أنواعها كلها، وعليه فلا يكون الحديث دليلاً على اعتبار العرف بأقسامه وإثبات حجته)[(٢)]

ثانياً: ومن نصوص السنة النبوية القولية التي استدل بها الفقهاء على اعتبار العرف حديث هند بنت عتبة [(٣)] عن عائشة [(٤)] رضي الله عنهما إن هند بنت عتبه قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، يا رسول الله إن أبا سفيان [(٥)] رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال صلى الله عليه وسلم :(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[(٦)].

---

(١) من ما ذهب من العلماء المعاصرين بالاستلال بهذا الحديث ، د. سيد صالح .

(٢) وهى النتيجة التي قواها أبو سنه في كتابه العرف والعادة في رأي الفقهاء ، ص٢٦ .

(٣) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية ، زوج أبى سفيان بن حرب وهى أم معاوية ، أسلمت في الفتح بعد إسلام زوجها وأقرها النبي صلى الله عليه وسلم على نكاحها ، كانت شاعرة وأديبة وفصيحة في البلاغة والشعر والأدب ، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنها معاوية ولدها توفيت في خلافة عمر بن الخطاب / الإصابة ، ج٤ ، ص ٤٠٩ - ٤١٠ / الاستيعاب في أسماء الصحاب للفقيه العلامة المحدث القرطبي المالكي وج٤، ص٤٠٩ -٤١٠ ، دار الكتاب العربي ، بيروت / انظر أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام لعمر رضا كحالة ، ج٥، ص٢٣٩ وما بعدها الطبعة التاسعة ، ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م ، مؤسسة الرسالة / انظر المعجم إعلام النساء المسمى الدر المنثور فى طبقات ربات الخدور لزينب بنت على بن حسين فواز العاملى ، ص٨٢٩ -٨٣٠ ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ، مؤسسة الريان ، تحقيق منى محمد زياد الخراط .

(٤) عائشة بنت أبى بكر بن عبد الله بن قحافة عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تميم بن مرة القرشية أفقه نساء الأمة عصرها تزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم بعد وفاة خديجة ودخل بها المدينة وهى بنت تسع ، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولها مسند عائشة يبلغ (٢٢١٠) حديثاً ، توفيت سنة ٥٧هـوقيل ٥٨هـ ، لسبع عشرة ليلة خلت من رمضان ودفنت في البقيع ،معجم أعلام النساء ، ص٤٦٥ وما بعدها / أعلام النساء في عالمى العرب والإسلام ، ج٣، ص٩ وما بعدها .

(٥) أبو سفيان: هو صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب ، اسلم يوم الفتح وحسن إسلامه وهو من دُهاة العرب ومن أهل الرأي والشرف ، شهد حنيناً مع النبي صلى الله عليه وسلم ، وأعطاه صلى الله عليه وسلم من الغنائم ، توفى بالمدينة سنة ٣١هـ وقيل ٣٢هـ وله نحو التسعين / الإصابة مع الاستيعاب ، ج٤،ص٩١ .

(٦) متفق عليه /صحيح البخاري ٤١١ كتاب البيوع باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون عليه حديث رقم ٢٢١١ / انظر صحيح مسلم ، ٧١٢ ،كتاب الأقضية ، باب قصة هند حديث رقم (١٤١٧) .

قال النووي[١] في شرح صحيح مسلم [٢] (وفيه اعتبار العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي)[٣] قال د.سيد صالح في عبارة القرطبى:(فيه اعتبار العرف في الشرعيات) هذه العبارة فيها تصريح بدلالة الحديث، على اعتبار العرف في التشريع، فيما جاء من الأحكام مطلقاً لم يفصل ، وهذا من أقوى الأدلة على اعتبار العرف في التشريع، فكأنه قال (لقد وجب على الزوج نفقة الزوجة في التشريع، وترك أمر تقديرها إلى ما يجرى به العرف بينكم، بحسب الأحوال، والأشخاص، والأماكن، والأزمان٠ وكذلك تنزيل محل النصوص التي جاءت بالأحكام المطلقة)[٤] وقال شيخ الإسلام ابن تيمية [٥] رحمه الله (والصواب المقطوع به عند جمهور العلماء أن نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف، وليست مقدرة بالشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد . والأزمنة وحال الزوجين، وعادتهما)، فان الله تعالى يقول: { وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ } [٦] وقال صلى الله عليه وسلم (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[٧]

ثالثاً: ومن الأدلة الواردة في السنة النبوية القولية، على اعتبار العرف ، ما جرى في حجة أبى بكر الصديق، [٨] رضي الله عنه ، أميراً على الحج في السنة التاسعة ليقيم للناس

(١) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي الشافعي أبو زكريا محي الدين ، مولده سنة ٦٣١هـ بنوى من قرى حوران بسوريا ، علامة بالفقه والحديث توفى سنة ٦٧٦هـ له مصنفات عديدة منها (منهاج الطالبين) و(التريب والتيسير في مصطلح الحديث) و(شرح المهذب للشيرازى) وغيرها،عبد الكافي تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب١٣٨٤هـ طبقات الشافعية الكبرى، ، ج٥ ص٦٦٢ ، ط١ ،مصر ، طبع بمطابع عيسى البابي الحلبى وشركاه .

(٢) مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى أبو الحسين حافظ من أئمة المحدثين ولد بنيسابور ، سنة ٢٠٤هـ ورحل إلى الحجاز ومصر والشام والعراق وتوفى سنة ٢٦١هـ في ظاهر نيسابور ، له مصنفات عديدة من أشهرها (صحيح مسلم) وهو أحد الصحيحين وغيرها / الإعلام ج٧، ص٢٢١.

(٣) النووي ، يحيى بن شرف،(د ت) شرح صحيح مسلم للنووي ج١٢، ص٨/ ط١ ،مصر ، طبع بمطابع عيسى البابي الحلبى وشركاه .

(٤)عوض ، سيد ، العرف في الشريعة، ص١٨١ – ١٨٢ (مرجع سابق).

(٥) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم الخضر الحرانى الدمشقي الحنبلي أبو العباس تقي الدين ابن تيمية ولد في حران سنة ٦٦١هـ وتحول أبوه وهو معه إلى دمشق ، فنبغ واشتهر توفى سنة ٧٢٨هـ وله مصنفات عديدة منها(مجموع الفتاوى) و(السياسة الشرعية) و(الإيمان) و (الجمع بين النقل والعقل)، الإعلام ج١،ص١٤٤ .

(٦) آية ٦ سورة الطلاق .

(٧)أبن تيمية أحمد بن عبد الحليم (١٤١٢) مجموع الفتاوى ،ج٤، ص٨٣الرياض ، وزارة الشؤون الإسلامية.

(٨) هو عبد الله بن عثمان بن عامر بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي وأمه أم الخير سلمى بنت صخر بن عامر أول من أسلم من الرجال بالرسول صلى الله عليه وسلم ووافقه في هجرته وأول من قام بجمع القرآن وتولى الخلافة بعد موته صلى الله عليه وسلم ، غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنه ، توفى يوم الاثنين في جماد الأولى ، سنة ١٣هـ وهو ابن ٦٣سنة.

حجهم ، ونزلت سورة براءة[١].

عن أنس [٢] رضي الله عنه قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم، (براءة مع أبى بكر) ثم دعاه فقال لا ينبغي لأحد أن يبلغ هذا إلا رجل من أهلي، فدعا علياً فأعطاه إياه. [٣]

وموضع الدلالة في الحديث ما نقله الحافظ ا بن حجر [٤] رحمه الله قال:

قال العلماء:(إن الحكمة في إرسال علي [٥]بعد أبى بكر، أن عادة العرب جرت بأن لا ينقض العهد، إلا من عقده أو من هو في أهل بيته فأجراهم في ذلك على عاداتهم).

لهذا قال:(لا يبلغ عني إلا رجل من أهل بيتي)[٦].

ولقد تعامل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع العرف السياسي ومثال ذلك ما ورد:

١-عن نعيم بن مسعود [٧] رضي الله عنه قال:

---

[٣] أخرجه أبو داود في كتاب الحج باب توكيل الغير، والترمذي في باب التبليغ عن الإمام، وقال حديث حسن صحيح.

(٢) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام بن جندب بن عامر بن تيم بن عدى بن النجار الأنصارى صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه أم سليم بنت ملحان بن خالد بن زيد بن حرام خدم رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر سنين وروى عن النبي صل الله عليه وسلم وغزا معه ثمان غزوات ، توفى وله مائة وسبع سنين وقيل خلاف ذلك ، مات سنة ٩١هـ وهو آخر من توفى من الصحابة.

(٣) أخرجه البخاري ومسلم / انظر صحيح البخاري ، ص٨٨٨ كتاب التفسير ، باب قوله تعالى (وأذان من الله) ، حديث رقم ٤٦٥٥/ ٤٦٥٦ انظر صحيح مسلم ، ص٥٣٣ ، كتاب الحج ، باب لا يحج البيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان . وبيان يوم الحج الكبر ، حديث رقم (١٣٤٧).

(٤)أبن حجر ، أحمد بن علي ، فتح الباري ، بشرح صحيح البخاري (١٣١٩هـ) مصر ، السلفية ،ح ٦ ص ٦٢٢ باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه وسلم .هو أحمد بن على محمد الكنانى العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين بن حجر ، من أئمة العلم والتاريخ من عسقلان بفلسطين ، مولده في القاهرة سنة ٧٧٣هـ ووفاته فيها سنة ٨٥٢هـ ، رحل إلى اليمن والحجاز لسماع الشيوخ وطلب العلم ، له مصنفات عديدة منها (الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة) و(لسان الميزان) و(التراجم) و(تهذيب التهذيب) و(بلوغ المرام) وغيرها / البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكانى. ص٢٥٦، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ، تحقيق دكتور / حسين بن عبد الله العمري . دار الفكر ، دمشق سوريا / الإعلام ، ج١،ص١٧٨.

(٥) على بن أبى طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي أبو الحسن ، أول الناس إسلاماً ، تربى في حجر النبي صلى الله عليه وسلم وشهد معه المشاهد إلا غزوة تبوك ، زوجه النبي صلى الله عليه وسلم بابنته فاطمة ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنه من الصحابة ولداه الحسن والحسين ، كان من أحد الشورى الذين نص عليهم عمر ، بايعه الناس بعد مقتل عثمان بن عفان وقعت الفتنة في خلافته ، فكانت واقعة صفين بينه وبين طلحة والزبير وعائشة ، خرجت عليه الخوارج بسبب التحكيم فقتلهم ، فانتدب له من بقاياهم عبد الرحمن بن ملجم ، فقتله ليلة الجمعة لثلاثة عشر خلت وقيل بقيت من رمضان سنة ٤٠هـ ، دفن في الكوفة وقيل في النجف .

(٦) أبن حجر، أحمد بن علي ، فتح الباري ، بشرح صحيح البخاري (١٣١٩هـ) ج٤/٣٢٤ (مرجع سابق).

(٧) نعيم بن مسعود بن عامر بن أنيف بن ثعلبة بن قنفد بن هلال بن خلاوة بن سبيع بن بكر بن أشجع أبو سلمه الغطفاني الأشجعى ، أسلم في زمن الخندق وهو الذي خذل الأحزاب وسكن المدينة ،روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنه ابنه سلمة بن نعيم ، قتل في أول خلافة علي وقيل مات في خلافة عثمان .

(سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين جاءه رسولا مسيلمة الكـذاب [(١)] بكتابـه – يقول لهما (لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما)[(٢)]

ووجه الاستدلال في الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم تراجـع عـن قتـل الرسل جرياً على العرف السياسي المتبع آنذاك ، فإن القاعدة العامة في العرف السياسي، ليس عند الجاهليين، بل عند الأمم أيضاً أن الرسـل لا تهـان، ولا تقتـل، ولا يعتـدى عليها،وطالما نقرأ في كتب أهل الأخبار جملاً مثل: (لولا أنك رسول لقتلتك) والعبـارة تشير إلى احترام العرب، لرسالة الرسول، والموفدين، وقد كان بعض الرسـل يـسيئون الأدب ، أولا يحسنون التصرف مع من أرسلوا إليهم بسوء الأدب بإهانته أو يتهم بالغـدر وإذا كان بعضهم قد غدر بالرسل فان هذا الغدر لا يمثل العرف[(٣)] العام ، إنما هو غـدر بالرسل فان هذا الغدر لا يمثل العرف العام ، والغدر لؤم وقد يقع اللؤم من لئـيم وممـا يستأنس به أيضاً على تأصيل قاعدة العرف – ما رواه أبو داود [(٤)]عن سـعد بـن أبـي وقاص[(٥)] قال: (لما بايع رسول الله صلى الله عليه وسلم النساء – قامت امرأة جليلة كأنها من نساء مصر فقالت :(يا نبي الله إنا كل على أبنائنا – قال أبو داود وأرى فيه (وأزواجنا – فما يحل لنا في أموالهم ؟ فقال الرطب تأكلنه وتهدينـه [(٦)] الرطـب الخبـز والبقـل والرطب).

(١) مسيلمة بن ثمامة بن كبير بن حبيب الحنفى ، من المعمرين ولد ونشأ في اليمامة أسلم ثم ارتدَّ بعد أن ادعى النبوة حاربه خالد بن الوليد بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم في ولاية أبى بكر سنة١٢هـ ، الأعلام ج٧ص٢٢٦.
(٢) أخرجه أحمد (١٣١٣هـ) في المسند .ج٤، ص٥٩-٦١ ، حديث رقم (٣٨٥١) ط١ ، ١٤١٦هـ -١٩٩٥م ، مصر ، المطبعة الميمنية*** / سنن أبى داود (١٣٧٢هـ) أبو داود أبى سليمان بن أشعث السجستانى ، ج٣، ص١٣١ ، كتاب الجهاد ، باب في الرسل ، مصر ، مطبعة البابي حلبي .
(٣) جواد ، علي (د ت) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام ج٥ ، ص ٣٢٧ -٣٢٨ دار العلم للملايين بيروت
(٤) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن إبراهيم بن بشر الازدي أبو داود إمام أهل الحديث في زمانه كان مولده سـنة ٢٠٢ه÷ رحل رحلة كبيرة ونفى بالبصرة سنة ٢٧٥هـ له مصنفات من أشهرها (سنن أبى داود) وله (المراسيل) الإعلام ج٣ص١٢٢
(٥) واسمه مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة وأمه حمه ، أسلم قديماً وهو ابن سبع عشرة سنة ، أول من رمى بسهم في سبيل الله شهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وولى الولايات قبل عمر وعثمان وهو أحد أصحاب الشورى وهو أحد العشرة وآخرهم موتاً روى رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عنه وكان أول دم في الإسلام أراقـه سـعد ضرب أحد المشركين بلحى حمل ، دعا النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال اللهم استحب لسعد ، فكان مستجاب الدعاء وكان آخـر المهاجرين موتاً توفى بالعقيق سنه ٥٨هـ وقيل ٥٤هـ ودفن بالمدينة وصلى عليه خلق كثير مع أزواج النبـي / الإصـابة مـع الاستيعاب ج٢ ص٣٣-٣٤ .
(٦) أخرجه أبو داود /انظر عون المعبود شرح أبى داود لأبى عبد الرحمن شرف الحق محمد أشرف الصديقى العظيم ابـادى ، ج٥ص٦٢ كتاب الزكاة باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، حديث رقم (١٦٨٣) الطبعة الثانية ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م دار إحياء التراث العربي بيروت .

قال الخطابي [١] رحمه الله تعالى :(وإنما خص الرطب من الطعـــام ،لأن خطبـــه أيـــسر اعتباراً بالعادة وقد جرت العادة في الجيران والأقارب أن يتهادوا رطـــب الفاكهـــة، وان يفرقوا لهم من الطبخ، وأن يتحفوا الضيف، والزائر، بما يحـــضرهم منهـــا ،و توقعـــت المسامحة في هذا الباب بأن يترك الاستئذان له وان يجرى على العادة المستحـــسنة فـــي مثله)[٢]

المطلب الثالث: حجية العرف من السنة الفعلية:

تعريف السنة الفعلية: هي الأعمال التي قام بها الرسول صلى الله عليه وسلم مثـــل أداء الصلوات وأداء شعائر الحج وقضائه بشاهد ويمين المدعى[٣] ومن الأدلة علـــى اعتبـــار العرف أيضاً، ما رواه البخاري[٤] عن انس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال(لمـــا أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الروم قيل له:أنهم لن يقرؤوا كتابك إذا لـــم يكـــن مختوما، فأتخذ خاتماً من فضة ونقشه:محمد رسول الله فكأنما انظر إلى بياضه في يده)[٥] وموضوع الدلالة في الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم عمل بالعرف الدبلوماســـي الدولي بلسان العصر فكان اتخاذ الخاتم من الرسول صـــلى الله عليـــه وســـلم لمكاتبـــة الملوك[٦] .

قال ابن حجر: لم يكن من عادة العرب لبس الخاتم،فلما أراد النبي صلى الله عليه وسلم،أن يكتب إلى الملوك، اتخذ الخاتم من ذهب،ثم رجع عنه لما فيه مـــن الزينـــة،ولما خشي الفتنة جعل فصه مما يلي باطن كفه ليكون أبعد من التزين[٧].

---

(١) هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستى ففيه ومحدث من أهل سبت زيد بن الخطاب مولده سنة ٣١٩هـــ ووفاتـــه ٣٨٨هـ له مصنفات منها (معالم السنن في شرح سنن أبي داود)،(بيان إعجاز القرآن)الأعلام ج٢ص٢٧٣

(٢) للإمام الخطابي ج٢، ص٢٥٧ ، الخطابي (د ت) حمد بن محمد إبراهيم ، معالم السنن ط٢ – بيروت – دار الكتب العلمية

(٣) خلاف، عبد الوهاب (١٩٤٧م) أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٣٥ .

(٤) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة ، أبو عبد الله الحافظ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في بخارى ســـنة ١٩٤هـ رحل إلى خرسان والعراق والشام طلباً للعلم توفى في سمرقند سنة ٢٥٦ هـ له مصنفات في الحديث من أشهرها على الإطلاق (صحيح البخاري) الأعلام ح ٦ ص .

(٥) أخرجه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري / انظر صحيح البخاري، كتاب العلم باب ما يذكر في المناولة حديث رقم ٦٥ انظر صحيح مسلم ص ٨٦٨ كتاب اللباس والزينة باب تحريم خاتم الذهب حديث رقم ٢٠٩٢

(٦) جواد ، علي (د ت) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام (مرجع سابق)

(٧)أخرجه البخاري / انظر صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني ، ج١٠ ، ص٣٢٤ (مرجع سابق).

المطلب الرابع: حجية العرف من السنة:

وصورتها أن يسكت النبي صلى الله عليه وسلم،عن إنكار قول بين يديه،أو في عصره وعلم به،أو سكت عن إنكار فعل بين يديه، أو عصره، وعلم به، فإن ذلك يدل على الجواز ولا بد أن يكون المقرر منقادا للشرع، فلا يكون تقرير الكافر على قول، أو فعل،دالا على الجواز ٠[1]والعرف الذي أقره النبي صلى الله عليه وسلم،في زمنه كان من هذا القبيل،وقد تعارف الناس في زمن النبي صلى الله عليه وسلم على أمور تتعلق بشئون الحياة،فلم يحرمها أو ينهى عنها، فدل على جوازها،كما تعارفوا على أمور جاء ما يفيد أن النبي صلى الله عليه وسلم اقرهم عليهم،أو شاركهم في فعلها، فهذا أيضا يدل على جوازها.

وكذلك اقر الإسلام ما كان صالحا للبقاء،في ظل التشريع الإسلامي،مما تعارف عليه الناس قبل الإسلام،وألغى ما كان غير صالح،فألغى عقد الربا، وعقد الغرر، والمنازعات، وأقر عقود الإجارة، والشركة،والمضاربة، والسلم، ووضع لها قواعد، ليكون الغرض منها تحقيق المصلحة٠[2] قال الإمام الزركشى[3]رحمه الله مبينا نسبة السنة التقريرية إلى الشرع الشريف(السكوت بمفرده ينزل منزلة التصريح بالنطق، في حق من تجب له العصمة، ولهذا كان تقريره صلى الله عليه وسلم في شرعه) [4]

وإذا تتبعنا السنة النبوية التقريرية، لوجدناها حافلة بالنصوص النبوية التقريرية، الدالة على اعتبار العرف٠ ومن هذه النصوص ما يلي: -

---

(١) أرشاد الفحول للشوكانى(١٣٤٤) محمد علي الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ط٢ – بيروت ، دار الكتب العلمية ص ٨١ – ٨٢ بتحقيق مصعب محمد سعي البدوي مؤسسة بيروت الكتب الثقافية، هو محمد بن علي عبد الله الشوكاني ، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن ولد بهجرة شوكان سنة ١١٧٣هـ - وولي قضاء صنعاء سنة ١٢٢٩هـ وكان ممن يرى تحريم التقليد وله مصنفات منها (نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار) (البدر الطالع)(إنحاف الأكابر) فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية في التفسير) توفى سنة ١٢٥٠هـ الاعلام ج١٩١/٧

(٢) عوض ، السيد صالح (د ت) أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٨٣ (مرجع سابق)

(٣) محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى أبو عبد الله بدر الدين عالم بفقه الشافعية تركي الأصل ولد في مصر سنة ٧٤٥هـ وتوفى فيها سنة ٧٩٤هـ تصايف متعددة في فنون عدة منها (العجلان في أصول الفقه) والبحر المحيط) والديباج في توضيح المنهاج) الأعلام ج ٦ ص ٦١ .

(٤) الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (د ت) المنثور في القواعد ، بيروت – دار العلم ، ج٢ ص٢٠٥.

١ - عن عروة بن الجعد البـارقى[١] رضـي الله عنـه،أن النبـي صـلى الله عليـه وسلم،أعطاه دينارا، ليشترى به أضحية أوشـاة، فاشـترى بـه شـاتين،فباع إحـداهما بدينار، فاتاه بشاة وبدينار، فدعا له بالبركة في بيعه بارك الله لك في صفقتك[١].

ووجه الاستدلال في الحديث أن عروة لما وكله النبي صلى الله عليه وسلم، في شراء شاة بدينار،فاشترى شاتين،وباع احدهما بدينار، فان التصرف كان بغير استئذان لفظـي، مـن النبي صلى الله عليه وسلم على فعله هذا. ومأخذه عند عروة الإذن العرفي فان مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون له في مخالفة الموكل إلى خير مما أمره به، لان ذلـك مـن مراده، ومقصده وان لم يصرح به.[٢] قال في الفتح(وفيه انه أمضى ذلك وارتـضاه)[٣] أي أن الرسول صلى الله عليه وسلم، اقر عروة على فعله من غير نكير عليه، وذلـك أن فعل عروة مما جرى به العرف في التعامل بين الوكيل وموكله .

٢ - وعن ابن عباس رضي الله تعالى، عنه انه قـال قـدم النبـي صـلى الله عليـه وسلم ،المدينة وهم يسلفون التمر،السنة والسنتين،فقال صلى الله عليه وسلم:(من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) [٤]

ووجه الاستدلال في الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينـة اقرهم،على عقد السلم،وبين شروطه،قال السرخسي:(اعلم بأن الـسلم والـسلف بمعنـى واحد، إنما سمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته، فإن البيع ما يعد وجـود المعقـود عليه في ملك العاقد وإنما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه، والقياس يـأبى

---

(١) عروة بن الجعد ويقال بن أبى الجعد اسمه أبو الجعد البارقى وقيل انه عروة بن عياض بن أبى احمد الحمد وانه نسبه إلى جده مشهور وهو الذي أرسله النبي صلى الله عليه وسلم ليشترى له شاة وكان ممن حضر فتوح الشام ثم سيره عثمان إلـى الكوفة الإصابة مع الاستيعاب ج ٢ ص ٤٧٦ ، ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد علي (د ت)،فتح الباري شرح صـحيح البخاري، لبنان،دار الكتب العلمية تحقيق عبد العزيز ابن باز ،ح ٦ ص٦٣٤ في باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صـلى الله عليه وسلم ايه الطبعة بدون دار الفكر.

[١] أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيع باب ما جاء في بيع الغير بدون إذنه.

(٢)أبن تيمية، أحمد بن عبد الحليم ،(١٤١٢) مجموع الفتاوى ح ٢٩ ص ٢٦ ص ٢٠-٢١ (مرجع سابق).

(٣) ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد علي (د ت) فتح الباري،(مرجع سابق).

(٤) ، ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد علي (د ت) فتح الباري،(مرجع سابق). ح ٦ ص٦٣٤ في باب السلم فـي كيـلٍ معلوم ج٢ ص ٧٨١باب رقم ٢١١٥ .

جوازه، لأنه بيع معدوم، وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل، فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة)[١].

٣- عن ابن عمر[٢]رضي الله تعالى عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الوزن وزن أهل مكة والمكيال لأهل المدينة) [٣].

قال الإمام الحافظ العلائى[٤] رحمه الله تعالى وجه الدلالة في الحديث أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخل وزرع فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة لما كانوا أهل متاجر فاعتبرت عاداتهم في مقدار الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعا،كنصيب الزكاة، ومقدار الديات،وزكاة الفطر، والكفارات، ونحو ذلك [٥].

فهذا مبدأ عام قرره النبي صلى الله عليه وسلم، في الاعتداد بالعرف الجاري، بين الناس، وليس المراد من الحديث تعديل الموازين،والأرطال،والمكيال،وجعل عيارها أوزان أهل مكة،ومكيال أهل المدينة، لتكون عند التنازع حكما بين الناس،يحملون عليها،إذا تداركوا، فإن من أقر لرجل بمكيله يدا أو عشرة أرطال من تمر، أو غيره أو اختلفا في قدر المكيلة والرطل، فإنهما يحملان على عرف البلد، وعادة الناس في المكان، الذي هو به، ولا يكلف أن يعطى برطل مكة، ولا بمكيال المدينة [٦].

---

(١) السرخي،محمد سهل،(د ت) المبسوط، ج١٢ ، ص ١٢٤- ١٣٨ (مرجع سابق).

(٢) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوى اسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم وقد قيل ان إسلامه قبل إسلام أبيه والصحيح أن هجرته كانت قبل هجرة أبيه وكان مولده قبل البعثة بعام واختلف في شهود بدر فقيل شهدها وقيل لم يشهد وقيل أن أول غزوة له الخندق كان كثير الإتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقاتل في شيء من الفتن توفى وهو بن ٨٦سنة وقيل ٨٤ سنة توفى سنة ٧٤هـ ودفن بالمحصب وقبل بذى طوى أسد الغابة في معرفة الصحابة ج ٣ ص ٢٢٧-٢٣٠.

(٣) أخرجه أبو داود والنسائي والبيهقى انظر سنن أبى داود للإمام الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى ومعه كتاب معالم السنن للخطابي ج ٣ ص ٦٣٣ الطبعة الأولى ١٣٩١هـ -١٩٧١م دار الحديث للطباعة والنشر بيروت / انظر سنن النسائي يشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندى ج ٧ ص ٢٨٤ باب الرجحان في الوزن / انظر السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ٣١ باب أصل الوزن والكيل بالحجاز حديث رقم ١٠٩٤٢ طبعة ١٤١٤هـ -١٩٩٤م مكتبة دار الباز تحقيق محمد عبد القادر عطاء وقد صححه الالبانى انظر أروا الغليل ج ٥ ص ١٩٠ حديث رقم ١٣٤٣

(٤) صلاح الدين خليل بن سيف الدين العلائي الإمام الحافظ المحقق الدمشقي ثم المقدسي مولده في دمشق سنة ٦٩٤هـ رحل إلى الأقطار وصنف في الفقه وفى الأصول وفى الحديث وقنه في القدس سنة ٧٦١هـ له مصنفات منها (تحفة الرائد في علم الفرائض) البدر الطالع ص ٢٥٦ طبقات شافعية من شهبة ج ٣ ص ٦٤٢

(٥) الندوي ، علي، القواعد الفقهية (١٤١٤هـ) ، ط٣، بيروت ، دار العلم ص ٢٦٠-٢٦١

(٦) سنن أبى داود ومعه كتاب معالم السنن للإمام الخطابي (مرجع سابق).

وقال في المغني في معرفة المكيل والموزون، والمرجع في ذلك إلى العرف في الحجاز في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ،ثم قال لنا ما روى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة) [١].

٣- ومن الأدلة على اعتبار العرف، فذكر حديث جابر[٢] الطويل وشراء الرسول صلى الله عليه وسلم منه جمل،٠فيه أن جابر قال فلما قدمنا المدينة قال:

(يا بلال[٣] اقضه وزده فأعطاه أربعة دنانير وزاده قيراطا) [٤].

ووجه الاستدلال في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لم يذكر قدر ما يعطيه، عندما أمره بإعطاء الزيادة، فاعتمد بلال على العرف في ذلك، فزاده قيراطا فأقره الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك [٥].

المطلب الخامس: قضاء النبي صلي الله عليه وسلم بالعرف:

ومن الأدلة على اعتبار العرف قضاء النبي صلي الله عليه وسلم به ومثال ذلك:

١- ما رواه حرام بن محيصة[٦] عن أبيه:(أن ناقة للبراء بن عازب [٧] دخلت حائط رجل فأفسدته فقضى رسول الله صلي الله عليه وسلم:على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل)[٨]

---

(١) ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، (١٤١٢هـ)، المغني ، تحقيق عبد الله التركي ومحمد الحلو ، الرياض، دار هجر، ج٧ص٢٦٤

(٢) جابر بن عبد الله وأبو عبد الرحمن الأنصاري من أهل بيعة الرضوان وكان أخر من شهد ليلة العقبة الثانية موتا روى علما كثيرا عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أبى بكر وعمر وغيرهم وحدث عنه خلق كثير شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الخندق قيل بأنه توفى سنة ٧٨هـ وقبل ٧٧هـ له سند بلغ ١٥٤٠ حديثا، أخرجه البخاري في كتاب البيوع، في باب إذا وكل الرجل رجلاً أن يعطى شيئاً ولم يبين كم يعطي فأعطى على ما يتعارفه الناس.

(٣) هو الصحابي الجليل بلال بن رباح الحبشي المؤذن وهو بلال بن حمامة وهى و أمه اسلم قديما واشتراه أبو بكر من المشركين فاعتقه لازم النبي صلى الله عليه وسلم وأذن له شهد جميع المشاهد ومات بالشام زمن عمر سنة ٢هـ ودفن في حلب انظر الإصابة في تمييز الصحابة ج ١ ص ١٦٥ رقم ٧٣٦

(٤) متفق عليه واللفظ للبخاري انظر صحيح البخاري ص ٤٢٣ حديث رقم ٢٣٠٩ كتاب الوكالة باب اذا وكل رجل أن يعطى شيئا ولم يبين كم يعطى فأعطى على ما يتعارفه الناس انظر صحيح مسلم ٧١٩ كتاب الصلاة باب استحباب تحية المسجد حديث رقم ٧١٥

(٥) ابن حجر ، أحمد (د ت) فتح الباري شرح صحيح البخاري ،(مرجع سابق).

(٦) حرام بن سعد بن محيصة بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدي بن مجدعة بن حارثة بن الحارث الأنصاري أبو سعد ويقال سعيد المدني ، وقد ينسب إلي جده ، ويقال حرام بن ساعدة ، روى عن البراء بن عازب وأبيه محيصة وروى عنه الزهرى ، كان ثقة ، توفي في المدينة سنة ١١٣ هـ وهو ابن سبعين سنة .

(٧) البراء بن عازب بن الحارث بن عدي بن جثيم بن مجدعة الأنصاري الارسي روي عن النبي صلي الله عليه وسلم وكان ممن شارك في الفتوحات وشهد مع علي الجمل وصفين توفي في أمارة مصعب بن الزبير سنة ٧٢ هـ .

(٨) الشافعي ، محمد بن إدريس (د ت) مسند الشافعي ،باب العتق ، بيروت دار الكتب العلمية ، ص١٩٥

قال العلامة ابن النجار[١] في هذا الحديث وهو أدل شيء علي اعتبار العرف،والعادة، في الأحكام الشرعية، إذ بين النبي صلي الله عليه وسلم التضمين،علي ما جرت به العادة[٢].

وقال الإمام الخطابي باسطاً وجه الدلالة، شارحاً فقه الحديث: (وهذه سنة رسول الله صلي الله عليه وسلك خاصة في هذا الباب،ويشبه أن يكون إنما فرق بين الليل،والنهار، في هذا لأنه في العرف،أن أصحاب الحوائط، والبساتين، يحفظونها بالنهار، ويوكلون بها الحفاظ، والنواظير، ومن عادة أصحاب المواشي، أن يسر حوها بالنهار، ويردوها في الليل، إلى المراح، فمن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ، إلى حدود التقصير، فكان كمن ألقى متاعه في طريق شارع، أو تركه في غير موضع آمن فلا يكون على آخذه قطع)[٣].

وقال الدهلوي[٤] (وفي الواقع أن النبي صلي الله عليه وسلم، شرع أصولاً، ونصب ضوابط، يرجع إليها في كثير من المسائل والقضايا العويصة ،لاسيما للقاضي عندما يتعذر له الحكم في قضية معروضة عليه، لوجود شبهة، أو عدم توافر الإمارات، والقرائن الكافية، في ترجيح جانب علي جانب أخر. فمن تلك الأصول: الحكم باتباع العرف والعادة المسلمة عند جمهور الناس)، ومثال ذلك قصة هذا الحديث [٥] الذي نحن بصدده. فكل واحد منهما صاحب الناقة والبستان ، كان معذوراً في دعواه فقضى صلى الله عليه وسلم بما هو معروف من عاداتهم، من حفظ أهل الحوائط أموالهم بالنهار، وحفظ أهل المواشي مواشيهم بالليل. [٦]

---

(١) محمد أحمد بن عبد العزيز الفتوحي تقي الدين ابو البقاء الشهير بابن النجار ، فقيه حنبلي مصري ، مولده سنة ٨٩٨ هـ ووفاته ٩٧٢ هـ وله مصنفات منها (منتهي الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات وغيره بيروت ،دار الجيل،الأعلام ، ج٦ ، ص٦

(٢) الفتوحي ، محمد بن عبد العزيز،(د ت) شرح الكوكب المنير ، ، ج٤ ، ص ٤٥٢ ،الرياض ،مكتبة العبيكان

(٣) الخطابي، حمد بن محمد إبراهيم،(د ت) معالم السنن ، ج٢، ٥/ص٣٠٢ (مرجع سابق).

(٤) الدهلوي ،أحمد بن عبد الرحيم بن وجيه (د ت) حجة الله البالغة،ج٢ ، ص١٤٠،لبنان ، مكتبة الجيل الجديد ، الهندي أبو عبد العزيز الملقب شاه ولي الله ، فقيه حنفي من المحدثين ، من أهل دهلى ، ولد بالهند سنة ١١١٠هـ وتوفي سنة ١١٧٦ هـ ، ورحل إلي الحجاز وله مصنفات منها (حجة الله البالغة) / الأعلام ، ج ١ ، ص ١٤٩

(٥) سبق تخريجه .

(٦) الدهلوي ،أحمد بن عبد الرحيم بن وجيه (د ت) حجة الله البالغة،ج٢ ، ص١٤٩،لبنان ،(مرجع سابق)

٢- ومن الأحاديث الدالة علي قضاء النبي صلي الله عليه وسلم بالعرف ، حديث انس بن مالك رضي الله عنه الذي رواه البخاري أنه قال (حجم رسول الله عليه وسلم أبو طيبة [١] فأمر له رسول الله صلي الله عليه وسلم بصاع من تمر وأمر أهله أن يخفضوا عنه من خراجه) [٢] ووجه الاستدلال بالحديث أن رسول الله صلي الله عليه وسلم ، لم يشارطه علي أجرته اعتماداً علي العرف في مثله ٠[٣]

(١) أبو طيبة الحجام مولي الأنصار من بني حارثة وقبل من بني بياضه يقال اسمه دينار ، وذكر الحاكم أن دينار الحجام أخر تابعي ، ويقال اسمه ميسرة ، ويقال اسمه نافع ، الاستيعاب ، ح٤ ، ص١١٤ -١٥ .
(٢) ابن حجر،أحمد (د ت) فتح الباري شرح صحيح البخاري ،٤١١ باب من أجرى أمر الأمصار علي ما يتعارفون عليه (مرجع سابق)
(٣) ابن حجر ، أحمد (د ت) فتح الباري شرح صحيح البخاري. ، ج٤ ، ص٤٠٦ ، (مرجع سابق).

المبحث الخامس: تمييز العـــرف عما يشتبه به

المطلب الأول: العرف والعـــادة

١ - تعريف العادة لغة:

قال ابن فارس[١]: (العين والواو والدال أصلان صحيحان، يدل أحدهما على التثنيـــة فـــي الأمر، والآخر جنس من الخشب).

وما يتعلق بموضوعنا هو الأول وليس الثاني.

فالأول: العود: تثنية الأمر عوداً بعد بدء ثم عاد.

والعودة: المرة الواحدة، وقولهم عاد فلان بمعروفه، وذلك إذا أحسن ثم زاد.

والعادة: الدّربة،و التمادي في شيء حتى يصير له سجية.

وأعاده: كرره: أي أعاد الشيء مكانه، أي أرجعه.

وعاوده معاودة: رجع إليه بعد الانصراف عنه.

(عوّد) الرجل أو الحيوان الشيء جعله يعتاده حتى يصير عادة له.

(اعتاده) جعله من عادته.

(والعائدة) المعروف والصلة.

والعادة: كل ما اعتيد حتى صار يُفعل من غير جهد.

والعادة: الحالة تتكرر على نهج واحد كعادة الحيض في المرأة[٢].

وعرف الجرجاني العادة فقال(العادة ما استمر الناس على حكم المعقول وعادوا إليه مـــرة بعد أخرى)[٣].

٢ - تعريف العادة اصطلاحاً:

اتخذ الأصوليون في تعريف العادة عدة اتجاهات هي:

---

[١] ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا ، (د.ت)، مقاييس اللغة، (مرجع سابق)"

[٢] أنيس ، إبراهيم وآخرون ، (١٩٧٢م) المعجم الوسيط، ط٢، القاهرة، ج ٢ ، ص ٦٣٤ – ٦٣٥.

[٣] الجرجاني، محمد بن علي ، (د. ت)، كتاب التعريفات ، (مرجع سابق).

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه، أن العرف أعم من العادة، ولذا قصروا العادة على العرف العملي، فقالوا (العادة هي العرف العملي، وهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية.)[1].

وقد تعرض هذا التعريف للنقد من عدة أوجه: هي على النحو الآتي:

الوجه الأول:

أنه أطلق على الأمر المتكرر ذي العلاقة العقلية عادة، مع أنه ليس كذلك، إذ هو من قبيل التلازم العقلي، وذلك كتكرار حدوث الأثر، كلما وُجد مؤثره بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة، مهما تكرر لأنه ناشي عن تلازم وارتباط، في الوجود بين العلة والمعلول، يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل، أو طبع أو عامل طبيعي[2].

ويقرب من هذا المعنى ما صرح به أصحاب هذا الاتجاه، بقولهم: (تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة) وقالوا أيضاً: (وعادة تشمل العرف العام والخاص، وقد يفرق بينهما في استعمال العادة، في الأفعال، والعرف، في الأقوال) وقولهم: (حصر المشايخ قرينة المجاز في خمسة، منها ما بدلالة العرف قولاً والعادة فعلاً) وقد نقدت هذه التعاريف بقولهم: (أن هذا القصر لا معنى له لأن السلف، والخلف، من الفقهاء جعلوا العادة في الأقوال، والأفعال معاً)[3].

الاتجاه الثاني:

عرَّف أصحاب هذا الاتجاه، العادة على عكس أصحاب الاتجاه الأول.

فقالوا: (العادة الأمر المتكرر، من غير علاقة عقلية).

فلفظ العرف في التعريف شامل، لما كان قولاً، أو فعلاً، بغض النظر عن كونه صادراً من فرد، أو من جماعة، أو كان ناشئاً عن أمر طبيعي، لا دخل للعقل فيه ،

---

(١) أمير باد شاة، محمد أمين ، (د.ت) تيسير التحرير ،لبنان ، دار الكتب العلمية ، ج ١ ، ص ٣١٧ ".
(٢) الزرقا،أحمد، (١٩٦٨م)،المدخل الفقهي العام ، ط٢ ، بيروت – دار الكتب العلمية ج٢ ، ص ٨٣٨ – ٨٣٩.
(٣) الفسيل، عبد الله، (د.ت)، دور التقاليد العرفية في نشأة القانون اليمني ، ط بدون، ص ٢٦.

كحرارة الجو، وبرودته٠ وأثر ذلك في تقديم أو تأخير ظهور البلوغ عند الإنسان، وتعريف العادة هنا أعم وأشمل.

ومن أنصار هذا الاتجاه من العلماء القدامى ابن أمير الحاج[١].

الاتجاه الثالث:

أما أصحاب هذا الاتجاه فإنهم يجمعون بين الاتجاهين، الأول والثاني، فجعلوا العادة والعرف، معنى واحد، وممن ذهب إلى هذا الاتجاه، من العلماء القدامى ابن عابدين، وابن نجيم، والنسفي، ومن العلماء المعاصرين الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، وغيره.

ومن تعاريفهم ما يلي:

أولاً: (العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى، صارت معروفة، ومستقرة في النفوس، والعقول متلقاة بالقبول، من غير علاقة، ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد٠)[٢].

ثانياً: تعريف الشيخ عبد الوهاب خلاف: (العرف هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه، من قول، أ وفعل، أو ترك، ويسمى العادة)[٣].

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة:

ومما سبق يمكن أن نجمل الفرق بين العرف والعادة في الأمور الآتية:

الأول: أن العادة تطلق تارة على ما يعتاده الفرد، من الناس في شؤونه الخاصة، كعادته في نومه، وأكله، ونوع مأكوله، وحديثه، وكثير من أفعاله، وهذه هي العادة الفردية[٤].

الثاني: تطلق العادة أيضاً بوجه عام، على كل حالة متكررة، سواء أكانت ناشئة من:

أ – سبب طبيعي كإسراع بلوغ الأشخاص، ونضج الثمار، في الأقاليم الحارة، وإبطائه في الباردة، وكثرة الأمطار في بعض الأقاليم صيفاً، وفي بعضها شتاءً، بحسب الموقع الجغرافي، والعوامل الطبيعية.

---

(١)الحاج، محمد محمد بن محمد (د،ت) التقرير والتحبير في أصول الفقه ،ط١ ، لبنان ،دار الكتب العلمية ،ج٢ ،ص ٨٩ .وهو محمد محمد بن محمد ويقال بن الموفق فقيه من علماء الحنفية ولد سنة ٨٢٥هـ وتوفى سنة ٨٧٩هـ من أهل حلب له تصانيف منها التقرير والتجير في أصول الفقه .

(٢) ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢، ص ١١٤ (مرجع سابق)،

(٣) خلاف، عبد الوهاب، ١٩٤٧م، أصول الفقه الإسلامي، ص ١٠٥(مرجع سابق).

(٤) الزرقا، أحمد، (١٤١٧هـ)،شرح القواعد الفقهية،ص٢١٠ (مرجع سابق)

ب – أو ناشئة عن الأهواء والشهوات، وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعــل الخيــرات، والسعي بالضرر والفساد، وتفشي الكذب، وأكل المال بالباطل، والفسق والظلم، مما يسميه الفقهاء فساد الزمان.

ج – أو ناشئة عن حادث خاص، كفشو اللحن الناشئ من اختلاط العرب بالأعاجم، فكــل ذلك يعتبر عند الفقهاء من قبيل العادة[١].

الثالث: إن العادة لا تسمى عرفاً ،إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير والاختيار، كالتعامــل مثلاً على تقدير الكميات في بعض الأشياء بالوزن، وفي بعضها بالكيل، وفــي بعــضها بالعدد، فتخرج عن معنى العرف، ما يكون من الأمور الــشائعة ناشــئاً عــن العوامــل الطبيعية[٢].

الرابع: إن النسبة بين العادة والعرف هي العموم، والخصوص، فالعادة أعم من العــرف، لأن العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التــي هي العرف وعلى هذا فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة هي عرفاً، ولأن العادة قــد تكون فردية أو مشتركة[٣].

الخامس: إن العرف يكون منشئه الجماعة، والعدول في التطبيق قد يؤدي إلى المفــسدة، والحرج فضرره لا يقتصر على الفرد، ولكن على الجماعة أيضاً[٤].

المطلب الثالث: العــرف والإجماع

١ - تعريف الإجماع لغة :

يقال: جمع المتفرق جمعاً، أي ضم بعضه إلى بعض.

ويقال:جمع القوم لأعدائهم أي حشدوا لقتالهم.كما في قوله تعالى: { الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُواْ لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَاناً وَقَالُواْ حَسْبُنَا اللّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ } [٥].

(١) الزبيري ، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي، ص٤٠٣ (مرجع سابق)
(٢) الزرقا، أحمد، (١٤١٧هـ -١٩٩٦م)،شرح القواعد الفقهية،ص٢١٢ (مرجع سابق)
(٣) الزرقا، أحمد، (١٤١٧هـ -١٩٩٦م)،شرح القواعد الفقهية،ص٢٢٠ (مرجع سابق)
(٤) الزرقا، أحمد، (١٤١٧هـ -١٩٩٦م)،شرح القواعد الفقهية،ص٢٢٨ (مرجع سابق)
(٥) سورة أل عمران، آية ١٧٣.

وأجمع القوم:أي اتفقوا، ومنه قوله تعالى: { فَأَجْمِعُوا كَيْدَكُمْ ثُمَّ ائْتُوا صَفًّا وَقَدْ أَفْلَحَ الْيَوْمَ مَنِ اسْتَعْلَى } (١).

وأجمع الأمر : عزم عليه (٢).

فالإجماع إذن يطلق على العزم والتصميم على الشيء ، ويطلق على الاتفاق، وهذا المعنى قريب من المعنى الاصطلاحي للإجماع(٣).

٢ - تعريف الإجماع اصطلاحاً:

للفقهاء تعريفات متعددة للإجماع، حيث حظي باهتمام الأصوليين والفقهاء لأنه مصدر من مصادر التشريع. ويذكر الباحث هنا بعضاً منها :

عرفه الغزالي بأنه: "اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم، خاصة على أمر من الأمور الدينية"(٤) .

وعرفه الأصفهاني بأنه : " هو عبارة عن اتفاق المجتهدين، من أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، على حكم من الأحكام ." (٥)

التعريف المختار تعريف الجمهور:

هو إتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته في عصر من العصور، على حكم شرعي.(٦).

---

(١) سورة طه ، آية ٦٤ .

(٢) أنيس، إبراهيم وآخرون، (١٩٧٢م) المعجم الوسيط، ، ج ١، ص ١٣٤ – ١٣٥ . (مرجع سابق).

(٣) الأمدي ، سيف الدين ،(١٣٧٨) الأحكام في أصول الأحكام ج٤ ، ص١٠١ (مرجع سابق)

(٤) الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول (١٤١٣هـ) ، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية ، ج ١ ، ص ١٧٣ . " صححه : محمد عبد السلام عبد الشافي ،الغزالي هو محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطومي أبو حامد حجة الإسلام فيلسوف متصوف له نحو مائتي مصنف ولد سن ٤٥٠هـ وتوفى سنة ٥٠٥هـ رص إلى عديد من البلاد ومن مصنفاته (إحياء علوم الدين) (تهافت الفلاسفة) والمستصغي والمتحول في أصول الفقه الاعلام ص١٤٧/٧

(٥) الأصفهاني ، أبو عبد الله محمد بن محمود بن عباد ولد سنة ٢٥٤هـ - وتوفى سنة ٣٢٢هـ معتزلى كان عالماً بالتفسير مصنفاته (جامع التأويل في التفسير) ومفاتيح الغيب) الأعلام ج/٥٠، (د.ت)، الكاشف عن المحصول في علم الأصول، تحقيق عادل : أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية ، ج ٥ ، ص٣٥٠ .

(٦) الشوكاني، محمد علي ، (١٣٤٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص١٠٥(مرجع سابق)

المطلب الرابع : الفرق بين العـرف والإجماع:

١- إن الإجماع لا يكون إلا من المجتهدين في عصر من العصور، أما العرف فهو تواتر جمهور الناس على فعل، أو قول، لا فرق بين مجتهدين وغيرهم، ومـن غيـر اشـتراط لأهلية الاجتهاد فيه[١].

٢- إن الإجماع قد يقوم في بعض الحالات على تفسير نص ظني في دلالته، أما العـرف فيكون دائماً في غير مورد النص[٢].

٣- إن الإجماع حكمه الإلزام للمجمعين وغيرهم مطلقاً، أما العرف فلا يكون ملزماً إلا إذا كان عاماً، أما إذا كان خاصاً بأهل إقليم معين، أو حرفة خاصة فيكون ملزماً فقـط لمـن تعارفوه، ولا يمتد أثره إلى غيرهم[٣].

٤- إن العرف عرضة للتغير والتبديل، أما الإجماع فلا يتغير، إلا إذا كان مستنده مصلحة مرسلة، ثم تغيرت تلك المصلحة[٤].

٥- العرف لا يؤثر فيه شذوذ البعض، أما الإجماع فينقضه مخالفـة مجتهـد، أو أكثـر لاحتمال أن الحق إلى جانب المخالف[٥] .

٦- إن العرف أساسه العمل، بينما الإجماع أساسه الاتفاق[٦].

٧- إن العرف قد يكون صحيحاً، وقد يكون فاسداً، أما الإجماع فهـو فعـل المجتهـدين واتفاقهم فلا يكون إلا صحيحاً. فهو دليل شرعي معتبر، لا يعتريـه الـبطلان، بخـلاف العرف، فإنه قد يكون باطلاً، كعرف المعاملات الربوية في عصرنا الحاضر، فإنه عرف باطل، لمصادمته النصوص الشرعية الدالة على تحريم الربا[٧].

---

(١) شلبي، محمد مصطفى، (١٤٠٣هـ) ، أصول الفقه الإسلامي، ج ١ ، ص ٩٣٥ . (مرجع سابق)
(٢) الزحيلي، وهبة (١٤١٨هـ)، أصول الفقه الإسلامي، ، ج ٢، ص ٨٣٢ . (مرجع سابق)
(٣) الحسن، خليفة،(د.ت)،تخصيص النصوص، بالآلة الاجتهادية عند الأصوليين،لبنان،المؤسسة الثقافية،ص ١١٢
(٤) المباركي، (١٣٩٢هـ)، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ٥٢ (مرجع سابق)
(٥) شلبي، محمد مصطفى، (١٤٠٣هـ) ، أصول الفقه الإسلامي ،ج١، ص ٣٢٣ . (مرجع سابق)،
(٦) الزحيلي، وهبه (١٤١٨هـ)، أصول الفقه الإسلامي، ط٢، لبنان، دار الفكر المعاصر، ج٢، ص ٣٢٣.
(٧) الخياط ، عبد العزيز ، (١٣٩٧هـ) ، نظرية العرف ، ص ٣٢ . (مرجع سابق)

المطلب الخامس: العرف والتقليد والفرق بينهما:

١ - التقليد في اللغة: التقليد في اللغة مأخوذ من القلادة ، والقلادة ما يُجعل في العنق من حلي ونحوه وجمعه قلائد وأقلاد وقلود.وتقليد البدنة تعليق شيئاً على عنقها ليعلم أنها هدي. **والتقاليد:** العادات المتوارثة التي يقلد الخلف فيها السلف، ومفردها تقليد، وهذا المعنى أقرب إلى التعريف الاصطلاحي[١]. وعرف الجرجاني التقليد فقال: التقليد عبارة عن إتباع الإنسان غيره، فيما يقوله، أو يفعله، معتقداً للحقيقة فيه من غير نظر وتأمل في الدليل، كأن هذا المتتبع جعل قول الغير، أو فعله قلادة في عنقه[٢].

٢ - التقليد في الاصطلاح: ذهب الأصوليون في تعريف التقليد،إلى تعريفات متعددة يذكر الباحث بعضاً منها:

التعريف الأول: التقليد هو قبول القول من غير دليل[٣].

التعريف الثاني: لابن الهمام[٤]في التحرير،التقليد،العمل بقول من ليس قوله إحدى الحجج بلاحجة.ويرى الإمام الشوكاني أن هذا التعريف أحسن من الذي قبله[٥].

التعريف الثالث: للإمام الشوكاني.التقليد هو قبول رأي من لا تقوم به الحجة بلا حجة[٦].

ويظهر للباحث أن جميع التعاريف السابقة تكاد تكون متقاربة، فكلها تؤدي معنى واحد، وأحسنها تعريف الإمام الشوكاني، لأنه أسهل وأقرب إلى الفهم، كما حد بقيود لا توجد في غيره.

---

(١) الزبيدي،محب الدين،محمد(١٣٠٦)تاج العروس من جواهر القاموس ط١،مصر،المطبعة الخيرية،ج٥،ص٢٠٣ – ٢٠،المعجم الوسيط،ج٢،ص٧٥٤.أنيس،إبراهيم وآخرون،(١٩٧٢م) المعجم الوسيط، (مرجع سابق).

(٢) الجرجاني ، أبو الحسن علي بن محمد بن علي ، (د.ت) التعريفات ، ص ٩٧ (مرجع سابق)

(٣) الشيرازي، أبو إسحاق،(١٩٩٥) شرح اللمع ط١ ،مصر ، القاهرة ، دار الكلم الطيب ، ج٧، ص١٠٧،هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي من كبار مجتهدي المذهب الشافعي ولد بطيروز آباد سنة ٣٩٣ وتوفى ببغداد ٤٧٦هـ من مصنفاته المهذب .

الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد، (١٤١٣هـ) ،المستصفى من علم الأصول ، ج٢، ص ٤٠٠ (مرجع سابق).

(٤)ابن الهمام ،كمال الدين محمد بن عبد الواحد(١٣١٧) ، فتح القدير شرح الهداية،ط١، مصر المطبعة الكبرى الأميرية ،ج٩ ،ص٢٤١.كمال الدين بن محمد بن عبد الحميد بن مسعود السيولسي ثم الإسنكدري كمال الدين المعروف بابن همام ، من علماء الحنفية، مولده سنة ٧٩٠هـ ووفاته سنة ٨٦١ ، له مصنفات منها (فتح القدير) في شرح الهداية (والتحذير في أصول الفقه) / الأعلام، ج٧، ص ١٣٤ – ١٣٥

(٥) الزبيدي ، محب الدين ، محمد(١٣٠٦) تاج العروس من جواهر(مرجع سابق)

(٦) الشوكاني،محمد بن علي(١٣٤٤)إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول،ج٢،ص٢٦٥(مرجع سابق).

المطلب السادس: الفرق بين العرف والتقليد:

١ - أوجه الشبه بين العرف والتقليد:

ومما سبق يتبين للباحث أن هناك تشابهاً واضحاً بين العرف والتقليد، يمكن إجماله في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن التقليد هو انتقال الشيء من جيل إلى جيل آخر، كما يكون من فرد إلى غيره، وانتقال العرف من جيل إلى آخر يكون أشبه بالتقليد من هذه الوجه.

الأمر الثاني: وكما يجري التقليد للغير في الأفعال، والأقوال، فالعرف يجري أيضاً في الأقوال والأفعال.

الأمر الثالث: أن التقليد للغير قد يكون حسناً أو قبيحاً، وكذلك العرف فقد ينتقل من جيل إلى جيل آخر وقد يكون حسناً صحيحاً أو فاسداً[1].

٢- أوجه الاختلاف بين العرف والتقليد:

ويمكن إجمال الفروق الناشئة بين العرف والتقليد في الأمور الآتية:

الأمر الأول: إن التقليد يفترض وجود جماعة منظمة، ووجود استمرار واتصال بين الأجيال المتعاقبة.

الأمر الثاني:إن التقليد قد يكون بين فرد وآخر، أما العرف لا يكون إلا في جماعة أو الغالبية العظمى من الناس. ويخلص الباحث إلى أن التقليد هو سبب العرف في أحيان كثيرة، مهما كان سبب نشأته، والتقليد للغير قد يكون عن إدراك ووعي وفهم، لما قلد المرء فيه غيره، أو قلدت فيه الجماعة غيرها، أو قلد جيل الجيل الذي سبقه في أمر حتى استقر في النفوس، وتلقته الطبائع بالقبول، من بعض الأحوال الاجتماعية، وهذا هو ما يعتبره علماء التشريع ولا يختلفون مع غيرهم في اعتباره. أما التقليد الأعمى للسابقين أو غيرهم، فإن هذا ما يعارضه أهل الإصلاح وأصحاب الدعوات[2].

---

(١) الزبيري ، عبد الملك أحمد (٢٠٠٣) العرف حجته وأثره في التشريع الإسلامي (مرجع سابق ص٤٢٠)

(٢) عوض، السيد صالح، (د.ت)، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص١٦٧ - ١٦٨(مرجع سابق).

المطلب السابع: العرف والسوابق القضـــائية:

تعريف السوابق القضائية:

هي القرارات الصادرة عن المحاكم، على اختلاف أنواعها ،ودرجاتها، ويختلــف دور الاجتهاد كمصدر للقاعدة القانونية، حيث لا يعتبر مصدراً مستقلاً له، بينما بعــض الدول كبريطانيا تحتل السابقة الاجتهادية (القضائية)لديها دورا متميزاً حيث يكون له قوة القانون[1].

حيث إن أهم ما يميز القانون (الانكلوسكسوني) هو أخذه بمبدأ القــوة الملزمــة للسوابق القضائية فهذا المبدأ غير مدون فمستمد في أصوله العريقة إلى أعراف قديمة، لا يعرف أولها كان لابد أن تبتكر طريقة خاصة بها تثبت بها أحكام القانون .

حيث ذكر أحد الباحثين أن مبدأ الالتزام بالسوابق القضائية يرجع إلى عهد الفــتح النورماندي نظر لوجود ما يدل عليه في عهد وليم الفاتح،وفي القرن الثامن عشر أصــبح نظام السوابق القضائية، جزءاً لا يتجزأ من القانون العام، وكان عهــد اللــورد مانــسفيلد بالذات نقطة تحول مهمة في التاريخ القانون الإنجليزي .[2] وهكذا بالنسبة لأسبانيا، حيث أعطت قوة التشريع لقرارين متوافقين صادرين في مسألة قانونية معينة، عن المحكمــة العليا الإسبانية. [3]

المطلب الثامن: الفرق بين العرف والسوابق القضائية:

وقد يتوهم البعض بأن العرف، إنما يتكون من تكرار العادة في أحكــام المحــاكم، فيصبح سابقة قضائية، فيكون له قوة القانون، فالعرف الذي يكون القواعد القانونية، هــو الذي تأتى المحاكم على ذكره، ومن هنا يختلط أمر العرف بالسابقة القضائية. وبــالطبع لا ينكر أثر القضاء، في تحديد ماهية ومضمون العرف ، لكن لا يعنى هذا أن المحكمة هي التي تنشأ الأثر القانوني للعرف، فالعرف المتجذر في نفوس الناس والذي يدفعهم على الالتزام به سوف تحكم به المحكمة، لكنها لن تنشئها، فالمحكمة ليست منــشئة للأحكــام،

(١) القيسي، رياض (٢٠٠٢) علم أصول القانون ، بغداد ، (مرجع سايق)
(٢) القيسي، رياض (٢٠٠٢) علم أصول القانون ، بغداد ، (مرجع سايق)
(٣) أسود ، نقولا، (١٩٨٦) القانوني المدني (المدخل والأموال)، بيروت، الجامعة اللبنانية، ص١٤١ .

ومعنى حكمها على طبق العرف،حيث أن القاعدة العرفية موجـودة، ومتحققـة، وهـى اكتشفتها، واستفادت منها، فالفرق بين العرف والسوابق القضائية، في النظام الإنكليـزي تأثر فيه، وقال بأن العرف هو نتيجة آراء المحاكم وأحد أثار نظام السوابق القضائية.[1]

المطلب التاسع: العرف والعمل والفرق بينهما:

وقبل أن أبين الفرق بين العرف والعمل لابد من التعرض لتعريف العمل في اللغة وفـي الاصطلاح:

١ - تعريف العمل لغة:

قال ابن فارس في مقياس اللغة: (عمل) باب العين والميم واللام أصل واحد صحيح، وهو عام في كل فعل يفعل.

والعَمَلة: القوم يعملون بأيديهم ضروباً من العمل، حضراً أو طيناً أو نحوه والعامـل مـن يعمل في مهنته وصنعته.

والعمل: المهنة والفعل، والعملة أجرة العمل.

والعَمَلة: بفتح العين والميم جملة أعمال تحدث أثراً خاصاً[2].

٢ - العمل في الاصطلاح:

مصطلح (العمل) وما يرد ويتكرر في كلام أهل العلم، من نحو قولهم (هذا عليـه العمل)،أو (جرى به العمل)، أو (العمل عليه) وأشباه هذه العبارات، وهذا المصطلح لـه مفهومه المعين، ودلالته الخاصة.

وحينما يقال لحكم شرعي في مسألة ما، (العمل عليه)، أو (ما جرى عليه العمل). هذا يعني هذا الحكم قد استند لرأي أحد الفقهاء، بشرط أن لا يكون هذا الرأي منكـراً، أو أن تستقر الفتوى عليه في الغالب ،ويلزم القضاء به، حرصاً على المصلحة أو لمراعـاة العرف المعتبر، ومفهوم العمل على هذا النحو يشبه العرف الخاص. مثال ما جرى عليـه

---

(١) القيسي،رياض (٢٠٠٢)علم أصول القانون،بغداد،(مرجع سايق)،أسود، نقولا، (١٩٨٦) القانوني المدني مرجع سابق

(٢)ابن فارس ، ابن الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، (١٤١٠) ، معجم مقابيس اللغة ، ج٤، ص١٤٥ (مرجع سابق)، أنيس ، إبراهيم وآخرون ، (١٩٧٢م) المعجم الوسيط،، ج٢، ص ٦٢٨ (مرجع سابق)
الجوهري،أبو نصر إسماعيل حماد (د ت) الصحاح المسمى تاج اللغة وصحاح العربية ، تقديم عبد الله العلايلي ، بيروت، دار الحضارة العربية، ج ٢، ص ١٣٢٤

العمل بالمحاكم في جمهورية مصر حسب ما جاء بالمادة التاسعة من القانون ١٩٢٠م أنه يثبت للمرأة حق التفريغ من زوجها إذا كان العيب متمكناً لا يمكن البـــرء منـــه أو بعـــد زمن[١].

ويظهر للباحث أيضاً أن العرف والعمل، قد يتداخلان بأن يكـــون باعـــث العمـــل الفتوى، أو الحكم بما جرى به العرف، أو اطراد التزام العمل، وشيوع القول بـــه حتـــى يصير عرفاً[٢].

٣- الفرق بين العرف والعمل:

ويظهر للباحث مما تقدم أن الفرق بين العرف والعمل، يمكن إجماله في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن العمل خاص بالعلماء، وأما العرف فإنه يشمل عامة الناس.

الأمر الثاني: أن العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بخلاف العرف فإنه أعـــم وأشمل من ذلك لمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.

الأمر الثالث: أن العرف سلوك جماعي، يتغير ويتبدل بتغير الأزمان، والأمـــاكن، بينمـــا العمل مصطلح للفقهاء، قد يكون مستنداً ثابتاً لحكم شرعي لا يتغير[٣].

---

(١) عبد القادر، محمد، (د، ت) العرف عند الحنابلة، بيروت، طبعة دار الفكر ، ص١١٩(مرجع سابق).
(٢) عبد القادر، محمد، (د، ت) العرف عند الحنابلة، بيروت، طبعة دار الفكر ، ص١٢٠ (مرجع سابق).
(٣) الزبيري ، عب الملك أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته، وأثره في التشريع الإسلامي ص٤٠(مرجع سابق).

الفصل الثالث

أثر العرف في التجريم والعقاب في الشريعة والقانون

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول: أثر العرف في التجريم في الشريعة

المطلب الأول: أثر العرف في الحدود

المطلب الثاني: انعدام أثر العرف في التجريم في الشريعة

المبحث الثاني: أثر العـــــرف في التجريم في القانون

المطلب الأول : مفهوم العرف في التجريم في القانون

المطلب الثاني : أثر العرف في تجريم الأفعال من عدمها في القانون

المطلب الثالث: أثر العرف في وقف تطبيق القاعدة الجنائية المجرمة

المبحث الثالث: أثر العــرف في العقاب في الشريعة

المطلب الأول :أثر العرف في بعض العقوبات التي تطبق على البدن

المطلب الثاني: أثر العرف في العقوبات التكميلية (المعنوية)

المطلب الثالث: أثر العرف في العقاب التعزيري

المبحث الرابع:أثر العــرف في العقاب في القانون

المطلب الأول: قبل قيام نظام الدولة

المطلب الثاني: بعد قيام نظام الدولة

المطلب الثالث: انعدام أثر العرف في العقاب في القانون

الفصل الثالث

أثر العرف في التجريم في الشريعة الإسلامية والقانون

المبحث الأول: مفهوم التجريم:

١ - **التجريم في اللغة،** الجريمة في اللغة هي الجرم و التعدي.

والجرم:الذنب،والجمع أجرام و جروم،وهو الجريمة و قد جَـرَمَ يجـرم جرمـا،واجترام وأجـرم فهـو مجـرم وجريم،وتجـرَّم علـيَّ فـلان أي ادعـى ذنبـا لـم أفعلـه[(١)]

قال تعالى { وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا } [(٢)]

أي لا يحملنكم بغض القوم، على ترك العدل. و جرم جرما: أذنب ويقال جرم نفسه أو قومه و جرم عليهم و إليهم: جنى جناية. و أجرم : أرتكب جرمـا و اجتـرم الـذنب ارتكبه[(٣)] .

٢ - الجريمة عند فقهاء الشريعة :

هي " ارتكاب محظورات شرعية ،زجر الله عنها بحد أو تعزير "[(٤)]

٣ - أساس التجريم في المملكة العربية السعودية :

تستند المملكة العربية السعودية في الأنظمة، والتـشريعات، التـي تحكـم جميـع شئونها، في مناحي الحياة كلها إلى التمسك بالشريعة الإسلامية. حيـث نـصت المـادة الأولى، من النظام الأساسي للحكم،" أن المملكة العربية السعودية، دولة عربية، أسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم". كما نصت المادة السابعة، من نظام الحكم، " بأنه يستمد الحكم في المملكة العربية

(١) ابن منظور،جمال الدين محمد بن مكرم (١٩٩٩م)،لسان العرب،مرجع سابق ص ٤٤٥ ،٤٤٦ (مرجع سابق)
(٢) سورة المائدة آية ٨
(٣)مجمع اللغة العربية سنة١٩٩٢،المعجم الوجيز،القاهرة،الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ص١٠١وما بعدها
(٤) الماوردي، على محمد حبيب سنه ١٤١٦ هـ ، الأحكام السلطانية تحقيق عصام فارس الحرستانى ومحمد إبراهيم الزعـل ، بيروت المكتب الإسلامي ص ٣٤٢ .

السعودية سلطته كتاب الله تعالى،و سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهما الحاكمان على النظام، و جميع أنظمة الدولة[١] .

ونصت المادة الثامنة من النظام نفسه بأن (يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل،والشورى،والمساواة،وفق الشريعة الإسلامية) كما نصت المادة الثالثة و العشرون من النظام نفسه(تحمي الدولة،عقيدة الإسلام،و تطبيق شريعته،و تأمر بالمعروف،و تنهى عن المنكر، و تقوم بواجب الدعوة إلى الله)[٢] .

كما جاء التأكيد على هذا المبدأ في كل من نظام المرافعات الشرعية[٣]ونظام الإجراءات الجزائية[٤]في المادة الأولى لكل منهما ونصها،"تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية،وما يصدره ولى الأمر من أنظمة،لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

ومن خلال استعراض هذه النصوص في الأنظمة السعودية، يتضح جليا أن السياسة الجنائية في النظام السعودي،هي السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية،روحا وضمنا،والمصالح المحمية في الشريعة الإسلامية،و هي ما يسعى النظام السعودي إلى حمايته،و ما تجرمه الشريعة الإسلامية من أفعال يجرمه النظام السعودي[٥]، في جميع شتى مجالات الحياة.

وبناء على تحديد الشرع الإسلامي للجرائم و العقوبات في نصوص شرعية يكون أول نظام قانوني، قرر مبدأ لا جريمة و لا عقوبة بغير نص،وهو ما يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم،والعقوبات،و قد طبق الشرع هذا المبدأ تطبيقاً جامداً في مجال الحدود و القصاص[٦] والعقاب عليها.

---

(١) النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ا/٩٠ بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ هـ
(٢) النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ا/٩٠ بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ هـ
(٣) نظام الإجراءات الجزائيه السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م ٣٩ في ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ .
(٤) نظام المرافعات الشرعية – الصادر بالمرسوم الملكي م . رقم ٤٠ في ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ .
(٥) حسن أل الشيخ (دت) ، المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية ص٦٠ .
(٦) عالية سمير (١٤١٦هـ) علم القانون و الفقه الإسلامي، ص ٢٧٩(مرجع سابق).

المطلب الأول: أثر العرف في الحدود:

تمهيد:

يجب في العرف حتى يعتبر دليلاً يحتج به، ألا يخالف نصاً شرعياً، ولا يحل حراماً، ولا يبطل واجباً. فهو بهذا يعتبر دليلاً للأحكام، عند كثير من فقهاء، الأحناف، والمالكية،فهو ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، بل غالباً يعد من المصلحة المرسلة[١].

العرف يراعي في استنباط الأحكام،كما يراعي كذلك في تفسير النصوص الشرعية،[٢]حيث أن الأحكام المستقاة من العرف ليست ثابتة، بل هي متغيرة بحسب الزمان، والمكان، والأشخاص، وهذا أمر طبيعي، لأن أصلها العرف وهو ليس بثابت. ويلجا إلى العرف أحياناً في تفسير النصوص، ومنها نصوص التجريم. و بيان حدود تطبيقها، ومجالها، دونما أن يكون له أصل في التجريم، فتشريع العقوبات في الشريعة الإسلامية منه ما هو منصوص عليه، أو مجمع عليه، ومنه ما هو متروك أمره، في التحديد لظروف الزمان والمكان٠ وهو مجال اجتهاد المجتهد، والحاكم وله فيه أن يختار العقوبة المناسبة، الكافية للردع والزجر، والتي تساوي جسامة الجريمة[٣]:

النوع الأول: من العقوبات وهي المقدرة شرعاً أي التي قدرها وحددها الشارع٠ وهي عقوبة القتل، والزنا، والقذف، والسرقة، والحرابة، وشرب المسكر، والقصاص فيما دون النفس، وهذه الجرائم التي حددت لها هذه العقوبات هي الجرائم الرئيسية٠ التي تؤذي المجتمع، وتنتهك حرمته. ولا يعني هذا أن الجرائم الأخرى التي لم ينص الشارع على عقوبتها غير مؤذية للمجتمع. ولكن نسبة ضررها إلى أضرار النوع الأول من الجرائم تكاد تكون أقل منها ضرراً والنوع الأول من العقوبات أثار العرف فيها قليلة، لأنه لا مجال للاجتهاد، والرأي فيها لتحديدها من قبل الشارع[٤].

---

(١)عامر، عبد العزيز (١٩٨٧) شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي ط٢ ، بنغازي ، منشورات جامعة فاريونس ص١٢٤

(٢) خلاف، عبد الوهاب، ١٩٤٧م، أصول الفقه الإسلامي ،ص ٩٩، ١٠٠(مرجع سابق)

(٣) السدلان ، صالح غانم (١٤١٧هـ) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط١،الرياض دار بلنسية ص٤١٩

(٤) السدلان، صالح غانم (١٤١٧هـ) القواعد الفقهية (مرجع سابق) ص٤٦٠

أما النوع الثاني: من العقوبات التي لم ينص الشارع عليها، أو يحددها، هـي عقوبات جرائم التعزير، فقد ترك أمر تقديرها، للحاكم أو للمجتهد[1]،وهذا النوع من الجرائم يعد بيئة خصبة، لاجتهاد الحاكم، والقاضي فيها لأنه لم يرد عن الشارع نص أو إجماع في عقوبتها، وإنما عقوبتها وأحكامها، تختلف باختلاف الأزمان، والأماكن، والأشخاص، والعادات، والأعراف، وسأبين أثر العرف فيما يلي:

١ - أثر العرف في باب السرقة:

أ- تحديد مفهوم الحرز في السرقة، فهو يختلف باختلاف الأموال، اعتباراً بالعرف. ولذلك قال الشافعي إن الأحراز تختلف باختلاف الأموال، اعتباراً بالعرف فيها[2]. وفي ذلك يقول الماوردي في الأحكام السلطانية "إن الحرز يخف فيما قلت قيمته من الخشب، والحطب، ويشتد فيما كثرت قيمته من الذهب، والفضة، فلا يجعل حرز الحطب، حرزاً للفضة والذهب، فيقطع سارق الخشب منه، ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه "[3].

ب- قول بعض فقهاء الأحناف، بعدم القطع في السرقة بين المحارم، وكذلك سرقة شخص شيئاً من مكان يحل له دخوله، على أساس افتراض الإذن بالدخول عادة في هذه الأحوال، فلا يتم معنى الحرزية لاستمرارية الدخول، والأذن في ذلك، ومعنى ما ذكر أن العادة لها شأن في عدم تمام معنى الحرزية، لأنها جارية على وجود الإذن بالدخول في هذه الأحوال، ومن ثم فقد حددت نطاق تطبيق حد السرقة، بإخراج حالات لا يكون فيها الحد، بل التعزير[4] لاختلال الحرز.

ج- ذكر بعض أئمة الفقهاء وهما (أبو حنيفة ومحمد بن الحسن) بأنه لا قطع فيما يتسارع إليه الفساد، من الأموال. ومن أسباب ذلك عندهم تفاهة هذه الأموال. لأن معيار التفاهة وعدمها مرجعه إلى عرف الناس وعاداتهم[5]، فما يعتبر تافهاً في عرف الناس وعاداتهم،لا يقطع سارقه، وما لا يعتبر في العرف تافهاً يقطع سارقه،كذلك يكون للعرف

(١) قاضي،محمد عبد الله (١٤١٠هـ) السياسة الشرعية مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق، ص١٠٩(مرجع سابق)
(٢) الشافعي، محمد إدريس (١٣٣٥هـ) الأم ج٣ ص١٥٣ (مرجع سابق).
(٣) الماوردي،(١٤١٦)، الأحكام السلطانية ، ص ٢١٥(مرجع سابق).
(٤) ابن الهمام (١٣١٧هـ) فتح القدير شرح الهداية ، ج١٢ ، ص٢٠١(مرجع سابق)
(٥) الكاساني، أبو بكر بن مسعود ، (د ت) ، بدائع الصنائع لترتيب الشرائع ،. ج٧ ، ص٤٠.(مرجع سابق).

شأن في تحديد الأموال، التي تكون محلاً للقطع في جريمة السرقة، و التي لا تكون محلاً للقطع، تتدرج عقوبة سارقها في حيز التعزير[١].

ومما يعد حرزا في العرف، على سبيل المثال وجرم فاعله مثل :

*** سرقة التيار الكهربائي:**

حيث الثابت علميا، أن الكهرباء، مادة تحولت إلى طاقة تمر عبر الأسلاك، فالكهرباء طبيعة ماديه بحتة، إلا أن طبيعة استخدامها يقتضي تحويلها من صورتها المادية البحتة، إلى صورة طاقة تتدفق عبر الأسلاك، و صولا إلى استخدامها[٢] . وعلى هذا التعريف يعد التيار الكهربائي مالا منقولا، له قيمة مالية، كما يعد منقولا لإمكان نقله من مكان لأخر[٣] .

١- إذا التقط ألتقط شخص شيئا ضائعا ،على نية إعادته لصاحبه،ثم غير هذه النية فيما بعد وأضافه إلى ملكه،أو حوله لمنفعته الذاتية، فانه لا يعد سارقا، لكون العرف يمنع ذلك الفعل الإجرامي عادة[٤].

٢- من يذهب إلى منزل صديقه في غيابه، ويأخذ شيئا لاستعماله،و إعادته معتقدا أن صديقه يقر على ذلك ضمنا،ثم يبيع الشيء بعد ذلك لصالحه، فأنه لا يعد سارقا عادة وعرفا[٥].

٢- أثر العرف في باب القذف.

توجد بعض من الألفاظ المتداولة بين الناس كان للعرف أثرٌ في عدم تجريمها، كأن قال له لست لأبيك، وقصد بأبيه جده، أو قال لغيره يا أبن ماء السماء لم يحد. لأن نفيه عن جده صدق، ونسبته إليه مجازاً عادة وشرعاً٠ ومن قال بابن ماء السماء يراد به التشبه في

---

(١) عامر، عبد العزيز (١٩٨٧) شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الليبي (مرجع سابق).
(٢) زوين ، هشام (د ت) دفوع البراءة في جريمة السرقة – القاهرة دار الوسام ص١١١
(٣) زوين ، هشام (د ت) دفوع البراءة في جريمة السرقة ص١١٣ (مرجع سابق).
(٤) أبو خطوة ، أحمد شوقي (١٤٠٩هـ) الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة –دبي ،دار الغرير للطباعة ص٨
(٥) عوض، محمد محي الدين (١٩٨٧)القانون الجنائي ص ١٢٧ (مرجع سابق).

السماحة، والصفاء،والطهارة،وفي قول آخر أنه يحد٠ ومن قال لغيره (لست بابن فلان، وهو في حالة لم يكن غاضباً،لا يحد لأنه يراد به المعاتبة عادة وعرفاً)[١]

ومن قال لامرأة: زنيت بحمار، أو بثور، لا يحد٠لأن المرأة عادة لا يقع منها الزنا بالحمار، أو الثور ولو قال زنيت بدراهم وثوب حد[٢].

وأما الرجل فقيل لا يحد، في جميع ما سبق، لأن الرجل لا يأخذ المال على الزنا عرفاً[٣].

ويلاحظ الباحث أن للعرف أثراً جلياً، في تجريم بعض الألفاظ التي يجرمها، العرف.

٣ - أثر العرف في التجريم في باب الزنا.

مع حرص الإسلام على تطبيق هذا الحد على الزاني، والزانية، وتشديد العقوبة عليهما، وتفظيع فعلهما، وتبشيع صنيعهما، احتاط في إثباته، ما لا يحتاط في غيره، من الحقوق كالأموال والعلاقات،الأسرية٠ لأنه مادامت العقوبة شديدة ، فليس من المناسب التساهل في الإثبات، مع شدة العقاب٠ لهذا جاءت شروط إثبات الزنا في الشريعة الإسلامية، بدرجة لا نظير لها في شيء من الحدود، إذ اشترطت أن يصف الزنا أربعة رجال عدول، وصفاً قاطعاً، لا يحتمل التأويل، ولابد أن تتفق شهادتهم في تحديد وصف الزنا،ومكانه،وزمانه،واسم الزاني،والمزني بها[٤].

هناك أمثلة ظهر أن للعرف أثر في عدم تجريمها ومن ذلك:

أ- من دخل على أجنبية، وهي على فراش زوجته، في الليل فوطئها، وهو لا يعلم، فإنه لا يحد٠لأن العادة أن الرجل إذا دخل على زوجته، وهي في بيته، وعلى فراشه المعتاد، لا يسألها هل أنتِ فلانة زوجتي أم لا[٥].

ب- لو حدث ووجد رجل بين فخذي امرأة[٦]،وهو يتحرك حركة الواطئ ، وطال الزمان في ذلك. فالغالب أنه قد أولج٠ والنادر عدم الإيلاج. ولكن الشرع ألغى حكم

---

(١) المرداوي،علاء الدين(١٣٧٦)،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، الثانية، هجر – السعودية ،ج٦/٣١٠
(٢) ابن رشد، أبو الوليد، محمد أحمد محمد (١٣٣٥هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (مرجع سابق).
(٣) ابن عابدين، محمد أمين، (د ت)، حاشية رد المحتار علي الدر المختار، ج٤، ص ١٢٠(مرجع سابق).
(٤) الدردير ، أبو البركات أحمد ،(١٢٧٨) شرح الدردير على مختصر خليل ،ط١ دار المعارف مصر ، المطبعة العامرة – مصر ج٤ ص٤٤٧
(٥) السدلان ، صالح بن غانم ، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ص٤١٩ (مرجع سابق)
(٦) السدلان ، صالح بن غانم ، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ص٤١٩ (مرجع سابق)

الغالب،والنادر معاً، فلم يحكم بوطئه، ولا بعدمه وبذا يسقط عنه الحد، رحمــة بــه ودرءاً للحد عنه، ما كان هناك مخرج منه[١].

وهنا يلاحظ الباحث دور العرف في عدم تجريم بعض الأفعال التي تقع في باب الزنا.

٤ - أثر العرف في باب القتل:

يظهر للباحث أثر العرف في نفي مفهوم القصاص فيما يلي:

١ - آلة القتل:

إذا استخدم الجاني السوط، والعصا الصغيرة، تنفي عنه كون القتــل عمــداً٠ لأن معنى العمدية في استخدام السوط، والعصا،قاصرة، فهــي عــادة لا تقتــل فــي عــرف الناس٠[٢]ولذا أصبح للعرف دور بارز محدد لنوع الآلة التي تقتل غالباً،فالآلة التي تستخدم كأداة جريمة،في القتل للعرف شأن في تحديدها،وتميزها،فما أعتبره العرف آلة قتل فكذلك وإلا فلا.

٢ - قتل المسلم بالكافر:

اختلف الفقهاء في قتل المسلم بالكافر الذمي، إلى أقوال:

الأول: إن المسلم لا يقتل بالكافر[٣]. (جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكيــة والــشافعية وراوية عن أحمد).

الثاني: أن المسلم لا يقتل بالكافر إلا بقتله غيلة[٤] رواية عن الأحناف ورواية عند أحمد.

الثالث: أن المسلم لا يقتل بالكافر الحربي لأن الكافر متى أطلق ينصرف إلى الحربي عادة وعرفاً[٥] ويقتل بالكافر الذمي، عند الأحناف، ورواية عن أحمد٠ [٦].

---

(١) القرافي،شهاب الدين أحمد،(١٣٤٤)،الفروق،جـــ ٤،ص ١١٠.(مرجع سابق)،السدلان ،صالح بن غانم القواعد الفقهية ص٣٨٧ (مرجع سابق)

(٢) ابن عابدين ، محمد أمين، (د.ت)، حاشية رد المحتار علي الدر المختار، (مرجع سابق)، ج٥، ص٢٤. الشوكاني ، محمد علي (١٣٤٤هـــ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، مصر المطبعة المنيرة ج٦ ، ص ٣٢٦

(٣) انس ، مالك ((١٣٢٣) المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون ط١ مصر ، مطبعة السعادة ص٢/٢١٠
- الشافعي ، محمد بن إدريس (١٣٣٥) الام ط١ ، ص٣١٠/٧. (مرجع سابق)

(٤)ابن عابدين، محمد أمين، (د.ت)، حاشية رد المحتار علي الدر المختار، ، ج٥، ص٢٤. (مرجع سابق)

(٥) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس ، ١٣٣٥هـــ الأم، ، ج ٥ ، صـــ ٦٧٥ – ٦٧٦ (مرجع سابق)

(٦) ابن قدامة ، موفق الدين (١٤١٢هـــ) ط٢، المغنى ج١ص٤٦٧(مرجع سابق)

فالمقصود هو عدم قتل المسلم للكافر الحربي المتربص للمسلمين فالعرف والعادة حكّمت الأمر وجاء عن الفقهاء قولهم لا يقاد مسلم بكافر.

٥- أثر العرف في باب التعزير:

مفهوم التعزير :

- التعزير لغة : المنع و الرد، يقال عزرته أي رددت عنه أعداءه و كفيته إذاهم[١]
- التعزير اصطلاحا : عرف الأحناف التعزير بأنه التأديب دون الحد [٢].
- وعرفه المالكية: بأنه تأديب استصلاح و زجر على ذنوب، لم تشرع فيها حدود، و لا كفارات [٣].
- وعرفه الشافعية: بأنه التأديب على ذنوب، لم تشرع فيها الحدود [٤].
- وعرفه الحنابلة بأنه التأديب [٥].

أثر العرف في التجريم في التعزير:

تمهيد :

لقد أحاطت الشريعة والتكليفات بسياج منيع، من الحماية، وعاقبت كل من يقدم على انتهاك هذه الحرمات بالتعزير. ومن ذلك التعزير المفروض لحماية المظهر العلني، للعبادات والتعزير المفروض لحماية سائر التكليفات، والمقصود بكل ذلك توفير الحماية لمظهر الدين، وحفاظاً على مشاعر الناس وأعرافهم وعادتهم المتجذرة في نفوسهم.

ومن الأمثلة على حماية المظهر العلني للعبادات، ومراعاة عرف الناس، تعزير المفطر في نهار رمضان عامدا، دون عذر مشروع، وكذلك من يشرب الخمر، أو شراباً

---

(١) ابن منظور، جمال الدين مكرم ،(١٩٩٩) لسان العرب ،ج٨ ، ص ٥٨٢ .(مرجع سابق).
(٢) ابن الهمام ، كمال الدين محمد (١٣١٧) ،فتح الغدير ج٥ ، ص ١١٢.(مرجع سابق).
(٣) ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء ،إبراهيم بن محمد (د ت)تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ط١ مصر،المطبعة العامرة ج١١٢/٢ هو أبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون ، برهان الدين اليعمري ، توفي سنة (٧٩٩هـ) في المدينة المنورة وهو مغربي الأصل نسبه إلى عمر بن مالك بن عدنان ، رحل مصر والقدس والشام من شيوخ المالكية .
(٤) الماوردي ، على محمد حبيب (١٤١٦)، الأحكام السلطانية و الولايات الدينية ص ٢٩٣ (مرجع سابق).
(٥) البهوتي ، منصور بن يونس،(د. ت) كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٦، ص ١٢١ ، مكتبة الرياض الحديثة .

يسكره في نهار رمضان، فإنه يعزر بعد أن يقام عليه حد الشرب[١]. ومن يزني في نهار رمضان،ويدعي شبهة يدرأ بها الحد عن نفسه، فإنه يعزر لإفطاره.[٢]

ويلحق بذلك مظاهر الخلاعة، والعرى المشين، فضلاً عن انتشار الأدب الخليـــع، والصورة العارية، والأغاني الماجنة، والأفلام الغرامية، وكل ضروب التهـــيج الجنـــسي، والإثارة، لأن فيها دعوة سافرة إلى الفجور، والدعارة، والفحشاء، والإسلام يريد بأحكامه، كبح جماح الغريزة الجنسية للإنسان، وضبطها وتقييدها بضابط خلقي، وإنفاقها في قنواتها المشروعة، وفي ذلك كمال التوازن، والتناسب، وحسن الملاءمة، لقـــوانين الفطـــرة بـــلا إفراط ولا تفريط.كل ذلك لمراعاة أعراف الناس، وعادتهم[٣]

ومن أمثلة مراعاة العرف لحماية التكليفات الشرعية،تعزير من يمزح فـــي أحكـــام الشريعة،ومن لا يعمل بفتوى العلماء وجواز تعزير من لا يحضر صلاة الجماعة بالغرامة في ماله[٤].وقد عنيت الشريعة أشد العناية بحماية الأخلاق، والآداب العامة، وذلـــك بغيـــة إيجاد مجتمع مثالي، بعيد عن الميوعة، والتخنث واللهو المحرم، ومن أجل ذلك أوجبـــت التعزير على جميع الأفعال الموجهة ضد الأخلاق، والأعراف، والتي يكون من شأنها نشر الرذيلة، وإشاعة الفاحشة، في المجتمع.

فإن أفعالهم جرائم ليست فيها عقوبات مقدرة، فتستوجب التعزير. كما يعزر كل من شتم آخر، أيا كان نوع هذا الشتم. إذا فعله يكون معصية فيها إيذاء للغير[٥].

ويرجع في تحديد[٦] السب إلى العرف والعادة. ويترتب على ذلك أن لفظاً معيناً قد يكـــون سباً، وقد لا يكون سباً تبعاً للعرف السائد في مكان وزمان توجيه هذا اللفظ، من شـــخص لآخر، ولذلك قال الفقهاء[٧] إن كل فعل محرم شرعاً، لا يوجب حداً، ويعد عاراً عرفـــاً، فإسناده إلى المسبوب يستوجب التعزير ، وفي هذا المثال كان للعرف شأن فـــي تكـــوين

---

(١) السمرقندي، علاء الدين، (د.ت)، تحفة الفقهاء، ط٢، القاهرة، دار إحياء التراث الإسلامي، ص ١٤٩
(٢) السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي السهل ، (د.ت) ، المبسوط ، ط١ مصر ، مطبعة السعادة ،ج ٢٤ ص ٣٦
(٣) قاضي ، محمد السياسة مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق ،ص٥٢٤ (مرجع سابق)
(٤) عبد العزيز عامر(د ت) – التعزيز في الشريعة الإسلامية، بيروت ،دار الكتب العلمية ص ٧٠ .
(٥) عبد العزيز عامر – التعزير في الشريعة الإسلامية مرجع سابق ص٨٨ .(مرجع سابق)
(٦) السمرقندي ، علاء الدين (د ت) تحفة الفقهاء ج٢ ص٩٠(مرجع سابق)
(٧) عامر عبد العزيز (١٩٨٧) شرح الأحكام لعامة للجريمة في القانون الليبي ص١٣٥ (مرجع سابق)

جريمة السب[1]. ومن التطبيقات كذلك لاختلاف التعزير باختلاف الأزمنة والأمكنة تبعاً لاختلاف العرف ما جاء في تبصرة الحكام بالقول:(فرب تعزير في عصر يكون إكرامٌ في عصر آخر .ورب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر ، كقلع الطيلسان بمصر تعزير ، وبالشام إكرام ، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً ، وفي العراق ومصر هوان)[2].

ويتبين للباحث أن التعزير موكول إلى العرف وأحوال الناس بحسب الأزمان والبيئات والمتتبع لتاريخ الولاة يلحظ عقوبات أنشأها الولاة والقضاء لذنوب مستحدثة اعتماداً على العرف ومراعاة لأحوال الجاني والمجني عليه ونوع الذنب المرتكب[3] .

المطلب الثاني :انعدام أثر العرف في التجريم في الشريعة :

المتتبع لمنهج التجريم في الشريعة الإسلامية، يجد التنصيص على الجرائم ،إظهار لمبدأ لا جريمة، إلا بنص، فهذه القاعدة أساس، من أسس النظام الجنائي في الشريعة، سواء تعلق الأمر بجرائم الحدود، أو جرائم القصاص، أو جرائم التعزير. قال تعالى: { وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً } [4] وقوله تعالى: { "لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ } [5]

فقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هي من القواعد الأصولية في الشريعة، مع القاعدة الأخرى وهي "لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام"[6]. فمنطق المسئولية الجنائية في الشريعة أيضاً يأبى أن يؤخذ بالذنب، أو الجريمة غير مرتكبها، فالعقوبة الشرعية

(١)المحامي عزت عبد القادر (د ت) جرائم العرض وإفساد الأخلاق ، مصر ، دار الفكر ص٤٥ . بكر إسماعيل محمد (١٤١٧هـ) الفقه الواضح من الكتاب والسنة،ط٣، القاهرة ، دار المنار .

(٢) ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء ، إبراهيم بن محمد (د ت) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الحكام، ج٢ ،ص١٣٠ (مرجع سابق)

(٣) ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء، تبصرة الحكام في أصول الأقضية، مرجع سابق، ج٢، ص ١٦٠.

(٤) سورة الإسراء آية ١٥.

(٥) سورة النساء آية ١٦٥.

(٦) البورنو، محمد صدقي (١٤١٦هـ) الوجيز إيضاح قواعد الفقه الكلية ، ص٢٤٠ (مرجع سابق).

شخصية حيث إنها تصيب الجاني، ولا تتعداه إلى غيره، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله[١].

قال الله تعالى: { وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى } [٢].

فمراعاة العرف، وتحكيم ما يقضي به أمر واجب في سياسة الأمة، وتدبير شئونها على وفق مبادئ الشريعة، وتحقيق مصالح العباد[٣].

---

(١) أبو عامر، محمد زكي (١٩٩٣) قانون العقوبات – بيروت – الدار الجامعية ص٣١٠.

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٦٤.

(٣) العوجي،مصطفى(د ت) القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي،بيروت،مؤسسة نوفل ص٢٨١.

المبحث الثاني: أثر العرف في التجريم في القانون

المطلب الأول: مفهوم العرف في التجريم في القانون

يمكن تحديد العرف،بأنه مجموعة من المفاهيم،والقواعد السلوكية،والمواقف توافق الناس عليها،بحكم الممارسة،والخبرة،والعادة،وعامل الزمن،والتواتر،بحيث اكتسبت طابع الإلزام غير المكتوب،ترعى ما بينهم من علاقات وتصرفات، وكأنها ضمير مستتر،كامن وراء هذه العلاقات والتصرفات[١].

المطلب الثاني: أثر العرف في تجريم الأفعال في القانون:

تمهيد:

يظل أثر العرف ضعيفاً، في تجريم الأفعال مادام انه خارج النص القانوني، حتى لو كان ذا أثر كبير في اتخاذ الخطوات اللازمة للتوافق مع المبادئ الاجتماعية والسلوكية التي يتقبلها المجتمع، والعقوبات المنوط أمرهما بالمحاكم، مادام أنه خارج دائرة القانون الوضعي،فلا تأثير له في التجريم والعقوبة[٢].

وإذا كان العرف والعادة، مثلاً في أسرة معينة، أو مجتمع معين، يقران مبدأ ضرب الولد الناشز، أو المنحرف، أو السارق، تأديباً له، وإذا تمنى الأهل على المحكمة الناظرة في جرم ارتكبه هذا الولد أن تأمر بإنزال مثل هذا التأديب به، فإنه يمتنع على المحكمة الاستجابة لمثل هذا الطلب، لعدم شموله بالنص القانوني الذي يحدد التدابير التأديبية، أو الإصلاحية التي يقرها القانون، بحق الولد الجانح، فلا يلتفت هنا للعرف، ولو كان الأمر سائداً ومتعارف عليه بين أهله[٣]، ولكون العرف والعادة خارج نطاق التقنين الجزائي، لا يمانع المنظم، من الإحالة عليهما، لتحديد الصفة الإجرامية،لفعل معين كما لا يمنع القاضي من الاستعانة بهما، لتحديد مفهوم قاعدة أقرها المنظم، أو فعل جرمه، كما

---

(١) العوجى ، مصطفى ، د.ت القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي ، ص ٢٨٥ (مرجع سابق).

(٢) العوجي، مصطفى ، (د.ت) القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي ص٢٩٥ (مرجع سابق).

(٣) العوجي ،مصطفى (د.ت) القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي،ص٥ ٢٧،(مرجع سابق)

هو يظهر ذلك ، في تحديد الفحشاء، والعمل المنافي للأخلاق[١]. بل أن القاضي يستعين بالعرف السائد، ضمن مهنة معينة، أو بصدد نشاط معين، ليحدد الموجبات التي يلقيها هذا العرف، على الشخص فيحدد في ضوئه ما إذا كان فعل هذا الشخص، يشكل تجاوزاً للواجبات الملقاة عليه، بموجب هذا العرف حتى إذا كان الأمر كذلك اعتبر الشخص مخلاً بواجباته، وبالتالي يعتبر مخطئاً، فإذا نتج عن هذا الخطأ الذي أرتكبه جرماً، جرمه القاضي، بهذا الجرم استناد إلى الخطأ الحاصل منه[٢].أما إذا كان القانون المدون، هو وحده مصدر القاعدة الجنائية، وفق ما يمليه مبدأ شرعية الجرائم، والعقوبات المنصوص عليه، فإن العرف لا يكون ،حينئذٍ مصدراً للتجريم، والعقاب، ولكن من الجائز أن يرجع إلى العرف في بعض الحالات المعينة وهي[٣]:

أولاً: حالات استبعاد التجريم كأسباب الإباحة:

ليس هناك ما يحول دون الرجوع إلى العرف، وغيره، من مصادر القانون غير المكتوب، في تحديد الأسباب التي تحول دون العقاب، أو تخفيفه، وذلك لأن الأصل في الأشياء الإباحة وهذه من القواعد المقررة، عند الفقهاء، علماء الشريعة وكذلك علماء القانون،حيث إن الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة، ما لم يرد نص بالإلزام، أو المنع، وحقيقة هذه القاعدة، ما لم يعلم فيه تجريم يجري على حكم الحل[٤]، فإذا أريد الخروج على هذا الأصل، وجب النص المكتوب، أما إذا أريد العودة إلى هذا الأصل، بإباحة الفعل من بعد تجريمه أمكن الاستناد إلى العرف كمصدر غير مكتوب. وأهم أمثلة لذلك حالات الإباحة،التي ترجع إلى العرف، إباحة أفعال الضرب، أو الجرح، الناجمة عن ممارسة الألعاب الرياضية، وحق تأديب الآباء على أبنائهم، وإباحة النقد، وعدم العقاب على جريمة الفعل الفاضح العلني لمن يظهر بلباس البحر على الشواطئ[٥]. فإنه في مثل هذه

---

(١) العوجي ، مصطفى ،(د.ت) القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي ص٢٨٦(مرجع سابق)

(٢) العوجي ، مصطفى ،(د.ت) القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي ص٢٨٧. (مرجع سابق).

(٣) أبو خطوة، أحمد شوق(١٤٠٩هـ)شرع الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة ص٦٢(مرجع سابق)

(٤) السدلان ، صالح بن غانم (١٤١٧هـ) القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها ص١٢٦(مرجع سابق)

(٥) أبو خطوة، أحمد شوقي(١٤٠٩هـ) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات ص٦٤ (مرجع سابق)

الحالات لا يتعارض مع مبدأ الشرعية، إذ لا يؤدي إلى تجريم أفعال، أو توقيع عقوبــات بغير نص[١].

ثانياً: حالات تحديد العناصر المكونة للسلوك الإجرامي:

إذا كان مبدأ الشرعية، يحظر الرجوع إلى مصدر غير مكتــوب، فــي التجــريم، والعقاب، فإن الرجوع إلى هذه المصادر، لا يصطدم مع هذا المبدأ، إذا كان مــن أجــل تحديد عناصر، بعض الأفعال، التي جرمها المشرع، بنص مكتوب، ومن ذلك أن جريمــة السرقة، قوامها اختلاس مال منقول، مملوك لغير الجاني[٢]، فيلزم أن يكون محل الجريمة منقولاً، وأن تثبت ملكيته لغير الجاني، الأمر الذي يتطلب الرجوع إلى قواعــد القــانون المدني، لتحديد مدلول المنقول، وشروط التثبت من ملكية الغير للمال[٣].

وكذلك الشأن أيضاً في جريمة خيانة الأمانة [٤]، حيث تقتضي وجود عقد من عقود الأمانة، كالوديعة، أو الإجارة، أو الرهن ،أو عارية الاستعمال، أو الوكالة، الأمــر الــذي يستتبع التحقق من توافره الرجوع إلى قواعد القانون المدني، التي تحدد أركان هذه العقود وتبين أحكامها[٥].

كذلك فإنه يمكن الرجوع إلى المصادر غير المكتوبة، من أجل تحديد أركان بعض الجرائم، كما لو كانت هذه الأركان، تستند إلى ضوابط مستمدة من العرف. من ذلــك أن (جريمة الفعل الفاضح) تستلزم لوقوعها ارتكاب (فعل مخل بالحياء)، فيلزم حينئذ الرجوع إلى العرف لتحديد مفهوم تلك الأفعال، المخلة بالحياء العــام، وكــذلك الــشأن، بالنــسبة للأمور، التي توجب احتقار الشخص عند أهل وطنه، التي تقوم جريمة القذف بإسنادها إلى

---

(١) أبو خطوة ، أحمد شوقي ، (١٤٠٩هــ) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات مرجع سابق ص٦٣ (مرجــع سابق)
(٢) عبد المنعم، سليمان (د. ت) ، أصول المحاكمات الجزائية، ط١، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ٣٩.
(٣) أبو خطوة،أحمد شوقي،(١٤٠٩هــ) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات ص ٦٣(مرجع سابق)
(٤) سلطان، أنور (١٩٨٣)، المبادئ القانونية العامة، ص ١٢٩، (مرجع سابق)
(٥) أبو خطوة، أحمد شوقي ، (١٤٠٩هــ) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات (مرجع سابق) ص٦٢ زويــن ، هشام، (د.ت) دفوع البراءة في جريمة السرقة ط٢، القاهرة، دار الوسام ص٣٤(مرجع سابق)

شخص ما[1].حيث يعتبر هتك العرض فعلاً منافاً للآداب يقع مباشرة على جسم مجني عليه أو عليها، وهذا الفعل يأخذ أشكالاً في مجموعها تربط بينها وبين رابط المساس بالحياء لعرض المجني عليهم، ويدخل تحت هذا النوع من الجرائم كل فعل دون المواقعة العادية[2] .

ويكفي لتوافر جريمة هتك العرض أن يقوم الجاني على كشف جزء من جسم المجني عليها مما يعد من العورات التي تحرص على صونها و حجبها عن الأنظار ولو لم يقترن ذلك بفعل مادي أخر من أفعال الفحش. ولأن المساس بالعورات لا يجوز العبث بحرمتها، و التي هي جزء داخل في خلق كل إنسان[3].و المرجع في اعتبار ما يعد عورة و ما لا يعد إنما يكون إلى العرف وأحوال البيئات الاجتماعية[4] .

ثالثاً: إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي:

يسهم العرف أحياناً ، في تكوين شق التكليف الخاص، بالقاعدة الجنائية، على نحو تمليه طبيعة التكليف ذاته، فقد يرد التكليف في قاعدة جنائية، على بياض، وقد يصاغ في قالب حر [5] ، وهي كما يلي.

أ- بالنسبة للتكليف الذي تتضمنه قاعدة جنائية على بياض:

بمعنى أن يكتفي المشرع، بتحديد شق الجزاء، في القاعدة الجنائية، ويحيل في الوقت نفسه – وهو في صدد تحديد شق التكليف الجنائي – إلى قاعدة قانونية، غير جنائية، لتتولى تحديد هذا الشق، الذي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة، على بياض.

من أمثلة القاعدة على بياض الجريمة الإيجابية، التي ترتكب بطريق سلبي، إذ يشترط لتحقق الوصف[6] القانوني لهذه الجريمة، أن يخل الجاني بالتزام قانوني يلقى على عاتقه، أن يتدخل ليحول دون تحقق نتيجة معينة، (وهو التزام بعمل). وبهذه الإحالة تتولى قاعدة

---

(١) أبو خطوة ، أحمد شوقي ، (١٤٠٩هـ) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات(مرجع سابق) عبد الخالق إبراهيم (٢٠٠٢) المشكلات العملية في جرائم القذف والسب ،مص، دار الفكر والقانون ص٢٠.

(٢) المحامي عزت عبد القادر (د ، ت) جرائم العرض وإفساد الأخلاق . ص ٤١ وما بعدها(مرجع سابق).

(٣) المحامي عزت عبد القادر (د، ت) جرائم العرض وإفساد الأخلاق. ص ٤٥ وما بعدها. (مرجع سابق).

(٤) المحامي عزت عبد القادر (د، ت) جرائم العرض وإفساد الأخلاق. ص ٥٠ وما بعدها. (مرجع سابق).

(٥) الصيفي، عبد الفتاح مصطفى(١٩٧٦) القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر،القاهرة،دار النهضة العربية ص٢٢٠.

(٦) العوجي،مصطفى،(د.ت)القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر،ص٢٨٦(مرجع سابق).

غير جنائية تحديد الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به أحد مقومات السلوك الوصفي، ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدراً لمثل هذا الالتزام، كما هـو الـشأن بالنـسبة للالتزام القانوني الذي يلزم الصيادين بإنقاذ من تشرف سفينته منهم على الغرق،وهو التزام مصدره العرف، في بعض الدول[١]. أو إنقاذ معصوم من هلكة نزلت أو وقعت به ، هـذا ليس له تحديد وإنما رجع للعرف ليكون مصدراً للالتزام به .

ب-التكليف الذي يصبه المشرع في قالب حر:

بمعنى[٢] أن الجريمة ذات القالب الحر،هي الجريمة التي تعذر علـى المـنظم أن يحيط بالوصف الدقيق، للفعل المكون لها،نظراً لأن طبيعته لا تسمح له بذلك،الأمر الـذي يجد معه المنظم لا مناص من الركون إلى النتيجة الإجرامية،فيحددها،والى رابطة السببية فيعينها،إذ بتحديده للنتيجة والسببية يتحدد الفعل،الذي عنه تنبثق السببية،فترتبط بينه وبـين النتيجة.

من أمثلة هذه الجريمة السب الذي يتضمن بأي وجه من الوجوه (خدشاً للشرف أو الاعتبار)[٣]،وكذلك (القذف بأمر لو كان صادقاً لا وجب عقاب من أسند إليه)[٤] وكـذلك (استعمال الموظف العمومي القسوة مع الناس اعتماداً على وظيفتـه بحيـث أنـه أخـل بشرفهم)[٥] في الجريمة ذات القالب الحر، قد يترك المشرع لقاضي الموضـوع، سـلطة تحديد ما يطابق من الأفعال الوصف القانوني المجرد، ومن أمثلة ذلك ما تضمنته المـادة ٧٧ عقوبات مصري من تجريم كل فعل،(يـؤدي إلـى المـساس باسـتقلال الـبلاد، أو وحدتها،أو سلامة أراضيها) [٦]فالعرف،يقوم بتحديد الفعل الذي يجسم العنـصر القـانوني المجرد،و يعتمد المنظم كثيراً إلى الإحالة إلى العرف، بالنسبة للأفعـال ذات المـضمون المتغير المتطور، الذي يستمد تغيره من واقع الجماعة، وتطوره مـن تطـور مفاهيمهـا

---

(١)أبو خطوة،أحمد شوقي(١٩٨٣)شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات بدولة الإمارات العربية المتحدة(مرجع سابق).
(٢) سلطان ، أنور (١٩٨٣)، المبادئ القانونية العامة ، (مرجع سابق) ، ص ١٢٩ والصيفي ،عبد الفتاح(١٩٧٦) القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر ص٢٢٠ (مرجع سابق)
(٣) (المادة ٣٠٦ ق ع مصري)
(٤) (المادة ٣٠٢ ق ع مصري)،
(٥) (المادة ١٢ ق ع مصري).
(٦) زكي، محمود جمال (١٩٦٩)، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط٢، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ص ١٢٨

الاجتماعية[1] ، فالمادة ٢٧٨ من نظام العقوبات المصري تجرم كل من فعل علانية فعــلاً فاضحاً مخلاً بالحياء، ولما كان اعتبار فعل ما مخلا بالحيــاء، مــسألة نــسبية، تختلــف باختلاف المكان، داخل الدولة،الواحدة، اختلافها من حيث الزمان، فقد آثر المنظم أن يترك للعرف الاجتماعي، مهمة تحديد ما يعتبر من الأفعال الفاضحة ، ومــا لا يعتبــر ، وفــي عبارة أخرى ترك المنظم للعرف الإسهام، في تحديد شق التكليف، في قاعدة جنائية، صيغ تكليفها على نحو مرن، أو حر، أو غير مقيد،[2].

ويرى الباحث أنه قد يتولى العرف تحديد المقصود بنتيجة جنائية معينة، وفي هــذه الحالة ينصب دور العرف على تكوين القاعدة الجنائية، لا علــى تفــسيرها، وذلــك لأن النتيجة عنصر من العناصر التي منها يتكون الركن المادي للجريمة. ومثال ذلك ما ذكره الدكتور الصيفي فيما نشر بالصحف الفرنسية من أن أكاديمية العلوم الفرنسية قد أعلنت أن المريض يعتبر ميتاً – من الناحية الطبية لا اللغوية – إذا أصبح مخه فــي حالــة عجــز مطلق، وابدى أن يؤدي أية وظيفة، من وظائف العضوية، أو العصبية، هذا الرأي صادر عن إحدى الهيئات العلمية ولم تؤيده الهيئات الطبيــة ،وإذا قــدر لــه أن يــصبح عرفــاً طبياً،ملزماً فلا شك في أن أثره على جريمة القتل سيكون جوهرياً، فالقتل، حتــى الآن، هو إزهاق لروح إنسان حي، ويتمثل الإزهاق في تعطيل جميع أعضاء الجسم عن أدائهــا لوظائفها تعطيلاً أبدياً، وقد يتغير معنى القتل مستقبلاً، بحيث تضاف إليــه الحالــة التــي أعلنتها أكاديمية العلوم الفرنسية، سالفة الذكر، إذا أصبح مضمونها عرفــاً طبيــاً مــسلماً به، ومقترناً بالاعتقاد في إلزامه وليس بناءً على الطلب الصريح للمريض[3].

وبهذا يكون قد ظهر دور العرف، في مجال شق التكليف، على نحو لا يوجد معــه محل، في تفسير القاعدة الجنائية فالمسألة ليست مسألة تفسر إذ التفسير معناه الكشف عن

---

(١)الصيفي،عبد الفتاح (١٩٧٦) القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر مرجع سابق ص٢٢٠
(٢) الصيفي عبد الفتاح (١٩٧٦) القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر ، ص٢٢٣. (مرجع سابق).
(٣) قشقوش،هدي حامد،(١٩٩٤)،القتل بدافع الشفقة،دراسة مقارنة،القاهرة،درار النهضة العربية ص١٥،وما بعدها.

إرادة التشريع من ثنايا الألفاظ المستخدمة في صياغة القاعدة القانونية، وإنما هي مسألة تحديد للفعل المعاقب عليه ذاته وذلك بتفويض العرف في تحديده[١].

رابعاً :إسهام العرف في إباحة التكليف الجنائي :

العرف قد يتدخل، فيعدل من الظروف الاجتماعية التي في إطارها يرتكب الفعل، في ظروف معينة، آمراً قد يتعارض مع مصلحة اجتماعية على جانب مرموق من الأهمية، أحس بها أفراد الجماعة وأعلوها، في نظرهم على المصلحة التي اقتضت في الأصل تجريم الفعل. لهذا لا يجد المنظم مفراً من أن يقر هذا العرف صراحة يعتبر إحالة المنظم إلى العرف[٢]. بل حتى في مجال الشرف والاعتبار وأسرار المهنة نشأ عرف في الوسط الصحافي، والمهني يبرر نشر بعض المعلومات، والأخبار، والأنباء، التي تنطوي على مساس بإحدى هذه المصالح المحمية جنائياً في حدود معينة، وبالنسبة لظروف معينة حددها هذا العرف[٣].

---

(١) الصيفي ،عبد الفتاح.(١٩٧٦) القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر،ص٢٢٣ وما يليها (مرجع سابق).

(٢) العوجي، مصطفى ، (د.ت) النظرية العامة للجريمة، (مرجع سابق)، ص ١٥٠.

(٣) زكي، محمود جمال (١٩٦٩)، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ص ١٢٨، (مرجع سابق)،

المبحث الثالث: أثر العرف في العقاب في الشريعة

تمهيد:

جاءت الشريعة الغراء، بالمساواة بين كافة المسلمين، في جميع المجـالات، وفـي كافة الحقوق، فهي لا تفرق بين المسلمين، بل تعتبـر الجميـع سـواء، لا فـرق بـين حاكم، ومحكوم،و بين غنى، أو فقير، أو شريف، أو وضـيع، أو ضـعيف، بـل النـاس جميعهم أمامها سواء، في تطبيق أحكام الشريعة عامة، ولم يكتف الإسلام بالإعلان عـن هذه المساواة التامة بل اعتبر السبب في خراب الأمم، وضياعها، هو التفرقة بين أفرادهـا في إقامة حدود الله، التي حدها، قال صلى الله عليه وسلم" إنما اهلك من كان قبلكم "كـان إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد"[١]

ثم أعلن صلى الله عليه وسلم، في هذا الحديث نفسه انه سوف يطبق المساواة، في إقامة الحدود، على جميع المسلمين، دون تفرقة حتى ولو كان الجاني منه حيث قال "وايـم الله لو أن فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم سرقت لقطعت يدها)[٢].

بل اعتبر صلى الله عليه وسلم أن الشفاعة في إقامة الحدود، وقبولها، يخرم مبـدأ المساواة،ويبدد المجتمع التي جاء بها دين الله تعالى، :وهذا واضح من إنكاره صـلى الله عليه وسلم، على أسامة، حينما أراد أن يشفع في حد من حدود الله تعالى، حين قـال لـه (أتشفع في حد من حدود الله)[٣] .

وإن قبول الإمام الشفاعة، في الحدود، يعتبر من اخطر الأمور، التي تـدعو إلـى سخط الله تعالى،قال صلى الله عليه وسلم[٤] (تعافوا الحدود فيما بينكم فإذا بلغت الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا).

ومن خلال هذه الأحاديث، يظهر للباحث، أن العـرف لا يـصلح أن يميـز بـين الأفراد، في عدم إنزال العقاب، على من قام بفعل يستحق عليه العقاب، ولو اشـتهر فـي

---

(١) متفق عليه،الفتح،كتاب الحدود باب قطع الشريف،ورواه النووي في شرح مسلم،النهي عن الشفاعة في الحدود.
(٢) سبق تخريجه .
(٣) سبق تخريجه.
(٤) أخرجه أبو داود ، عون المعبود في باب إقامة الحدود.

بعض الأعراف عدم إقامة العقاب على بعض أفراد المجتمع، كالشرفاء، فإن هذا العـرف يعتبر لاغياً، ولا يلتفت إليه، وقد أخذت المملكة العربية السعودية بهذا المبدأ،فهي تطبيـق الحدود الشرعية على كافة المسلمين والمقيمين في المملكة أيا كانت جنسياتهم لان الشريعة الإسلامية لا تفرق بين جنس وآخر.

كما أن العقوبة في الفقه الإسلامي تتميز بكونها شخصية فهي تصيب الجـاني، ولا تتعداه إلى غيره، فلا يسأل عن الجريمة أي إنسان، مهما كانت قرابته إلى مرتكبها، وقـد تضافرت نصوص الكتاب والسنة، مؤكدة هذا الأمر،قال تعالى: { قُلْ أَغَيْرَ اللّهِ أَبْغِي رَبّاً وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ } [١]

كما قال تعالى: { وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى } [٢]

حيث نصت المادة الأولى، من النظام الأساسـي للحكـم،" أن المملكـة العربيـة السعودية، دولة عربية، أسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودسـتورها كتـاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم". كما نصت المادة السابعة، من نظام الحكم، " بأنه يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته كتاب الله تعالى،و سـنة رسـوله صلى الله عليه وسلم، وهما الحاكمان على النظام، و جميع أنظمة الدولة[٣] .

ونصت المادة الثامنة من النظام نفسه بأن (يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل،والشورى،والمساواة،وفق الشريعة الإسلامية) كما نصت المادة الثالثـة و العشرون من النظام نفسه(تحمي الدولة،عقيدة الإسـلام،و تطبيـق شـريعته،و تـأمر بالمعروف،و تنهى عن المنكر، و تقوم بواجب الدعوة إلى الله)[٤] .

---

(١) سورة الأنعام الآية ١٦٤
(٢) سورة النجم الآية ٣٩
(٣) النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ا/٩٠ بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ هـ
(٤) النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ا/٩٠ بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ هـ

وتعد شخصية العقوبة، إحدى الأصول، التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، في مجال العقاب ولا تتعدى الجريمة إلى غير من قام بها. ولا يعتبر خروجا من هذا الأصل، ما توجبه الشريعة الغراء من اشتراك العاقلة في الدية الواجبة، على جناية الخطأ، وشبه العمد، وإنما هو نوع من التضامن الاجتماعي للتخفيف عن الجاني، من باب المواساة لأن الخطأ قد يكثر من الإنسان، فاحتاج إلى المساعدة، وأقرب الناس إلى مساعدة الجاني هم عاقلته.[1]

المطلب الأول: أثر العرف في تنفيذ بعض العقوبات التي تطبق على البدن:

هناك بعض العقوبات، كان للعرف دور بارز في إظهارها، وترجع إلى تحقيق المصلحة من فعلها أو عدم فعلها، وإبراز دور العرف يعطي مساحة في تحقيق المصلحة المترتبة على ذلك. ومن ذلك:

١ - مقدار مدة الصلب :

اختلف الفقهاء في مقدار الصلب، على النحو الآتي.

الرأي الأول: ثلاثة أيام : يري الحنفية، والشافعية، أن يترك المصلوب ثلاثة أيام عبرة للخلق ثم يخلى بينه، وبين أهله،، وإنما كان التحديد عندهم بالثلاث لأنه يتغير بعد الثلاث[2] .

كما أن الشافعية يرون إنقاص مدة الصلب عن الثلاث إذا خيف تغيره على الأصح عندهم.

الرأي الثاني: ليس له مدة محددة : يري الحنابلة، أن الصلب ليس له مدة .[3] بل يترك حتى يشتهر أمره وبذلك يحصل المقصود من هذه العقوبة ، وهذا راجع للعرف .

---

(١) التركماني ، عدنان ، (١٤٢٠هـ) الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص٣٣٢(مرجع سابق)

(٢) المبسوط مرجع سابق ، ١٩٦/٩ ؛ فتح القدير ، مرجع سابق ، ٢١٧/٤ ؛ المدونة ، مرجع سابق شرح الزرقاني علي مختصر العلامة خليل، أحكام القران ، لأبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، مطبعة عيسي الحلبي القاهرة تحقيق محمد البيجاوي ، وطبعة دار المعرفة بيروت ، لبنان.

(٣) الشربيني،محمد احمد (١٣٢٩) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،مصر ، المطبعة الميمنية ،ج٩،ص١٥٠ ، أبن قدامة ، (١٤١٢) المغني ،ج١٠ ،ص٤٠٣ (مرجع سابق)،الشيرازي ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن علي (د ت) المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لبنان ،دار الفكر ، ص١٤١. الشنقيطي محمد الأمين ابن محمد ابن المختار (د ت) أضواء البيان في إيضاح القران بالقران،المدينة المنورة، مطبعة مدني ٧٩/٢.

الرأي الثالث : الصلب ما لم يتغير عند المالكية ٠

يري المالكية، أن الصلب ليس له مدة محددة، لا باشتهار، ولا بغيره، بل يبقي مصلوباً ولا ينزل إلا إذا خيف تغيره . ولا يخفى أن على هذا الرأي فإن المدة قد تطول وقد تقصر حسب البرودة والحرارة.

أ- **كيفية صلب المحارب**: يري الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، إن المحارب يصلب حيا ، ثم يطعن برمح إلى أن يموت،فالصلب مثل القتل ،وبعض الشافعية يري أن ينزل ثم يقتل فلا يقتل مصلوبا.

ويري أكثر الشافعية، والحنابلة، أن صلب المحارب ،لا يكون إلا بعد قتله٠وهـذا قـول أشهب من المالكية٠[١]

ويري بعض الظاهرية، أنه يصلب حيا، ويترك حتى يموت، وييبس ، فـإذا جـف أنـزل وغسل وكفن وصلي عليه ودفن هنا[٢] .

ب- **أثر العرف في مدة الصلب وكيفيته** : ويرى الباحث أن مدة الصلب وكيفيته راجع للعرف، والعادة، فإذا احتاج الأمر الزيادة إلى ذلك، فلا مانع فمدة وكيفية الصلب لم ينص عليها نص من الكتاب، والسنة، وترك ذلك محدد بالعرف ، لاسيما بالأعراف، والبلـدان التي يراد منها الإنزجار وعدم التعدي على الآمنين وحفاظاً على استتباب الأمن.

٢ - تعليق يد السارق:

أولاً : تعليق يد السارق ومشروعيتها : السارق إذا ثبت ارتكابه لجريمـة الـسرقة فـان عقوبته هي قطع يده – لقوله تعالى :- {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ } [٣].

أ- **اختلاف العلماء في تعليق اليد**: فعقوبة السارق هي قطع يده، وهـذه هـي العقوبـة الأصلية للسرقة، أما تعليق يده في عنقه بعد قطعها مدة معينة، فقد اختلف العلمـاء فـي مشروعية هذه العقوبة.

---

(١) انظر المبسوط مرجع سابق ، ١٩٦/٩ ؛ فتح القدير ، مرجع سابق ، ٢١٧/٤ ، المدونة ، مرجع سابق. أبن العربي ، أبو بكر (١٣٥٨) أحكام القرآن ، ج٦ ، ص١٩٠ .(مرجع سابق).
(٢) المحلى لأبن حزم / ج٤/ص٣٤٥
(٣) سورة المائدة ، الآية رقم (٣٨) .

يري الجمهور مشروعية تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها، وأن ذلـــك ســـنة٠ واستدلوا بما روي عن عبد الله بن محيريز قال : سألنا فضالة بن عبيد عـــن تعليـــق يـــد السارق في عنقه، أمن السنة هو؟ قال أتى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقطعت يده ، ثم أمر بها فعلقت في عنقه) [١] .

قال في عون المعبود بشرح سنن أبي داوود : " فان السارق ينظر إليها مقطوعـــة معلقة فيتذكر السبب لذلك وما جر إليه ذلك الأمر من الخسارة، بمفارقـــة ذلـــك العـــضو النفيس وكذلك الغير، يحصل له بمشاهدة اليد على تلك الصورة،[٢] أي أن هـــذه العقوبـــة يمكن أن تحقق الردع العام، والردع الخاص، في آن واحد.

ولهذا قال الشوكاني رحمه الله : فيه دليل على مشروعية تعليق يد الـــسارق فـــي عنقه، لان ذلك من الزجر مالا مزيد عليه، فان السارق ينظر إليها مقطوعة معلقة فيتذكر السبب لذلك وما جر إليه ذلك الأمر من الخسارة بمفارقة ذلك العضو النفيس، وكذلك الغير يحصل له بمشاهدة اليد على تلك الصورة من الانزجار ما تنقطع به وساوسه الرديئة" [٣]

وتعليق يد السارق في عنقه على هذا النحو فيه الردع القوي الذي يعرف به عاقبة السرقة فيكون عبرة لغيرة [٤]، وفيها الزجر والتنكيل للجاني [٥].

وحدد الشافعية مدة التعليق ساعة، وذلك للزجر والتنكيل [٦].

ويري بعض الفقهاء من الحنابلة أن يد السارق تعلق في عنقه ثلاثـــة أيـــام ٠ أذا رأي الإمام لتتعظ به اللصوص ، لاسيما إذا كثرت السرقة في بلدنا.

(١) أخرجه ابو داوود في سننه الحديث رقم ٤٤١١ من كتاب الحدود ١٤٣/٤ ، باب تعليق يد السارق في عنقه ، أخرجه الترمذي في كتاب الحدود باب ١٧ ، وقال حديث حسن غريب ، والنسائي في سننه باب تعليق يد السارق من كتاب قطع السارق ٩٢/٨ ، وقد ضعفه ابن حجر في التخليص الحبير ٧٧/٤ ، وضعفة الألباني في الاوراء ، ٤/٨ .
(٢) العظيم أبادي أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم (١٤١٥) عون المعبود ، شرح أبي داوود ، ، الناشر دار الكتب العمليـــة، بيروت ،ط٢ ، ص٥٨
(٣) الشوكاني،محمد علي(١٣٤٤)نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ٧/ ١٨١ (مرجع سابق)
(٤) أبو زهرة ،محمد (د ت) العقوبة في الفقه الإسلامي ، لبنان ، دار الفكر ،ص١٤٥ .
(٥) عودة ، عبد القادر (د ت) التشريع الجنائي الإسلامي ٩٢٩/٢
(٦) انظر معني المحتاج ، مرجع سابق ، ١٧٩/٤ ؛ المهذب؛ مرجع سابق ، ٢٨٣/٢ ؛ النووي ، أبو زكريا يحيى بن شـــرف (د ت) روضة الطالبين، لبنان المكتبة الإسلامية.

وهذا وجه ضعيف عند الشافعية [1]،أما الحنفية قالوا ليس بسنة إنما هو مطلق للإمام إن رآه ، لأنه لم يثبت أن النبي – صلي الله عليه وسلم – فعله ليكون سنة .[2] والأظهر و الله تعالى أعلم ، أن ما ذهب إليه الأحناف هو الحق وذلك لأمور:

١- أن الحديث الذي استدل به الجمهور ضعيف لا يحتج به في الأحكام.

٢- قوة حجة الحنفية، وذلك أن هذا الفعل لم يثبت عن النبي صلي الله عليه وسلم ليكون سنة.

٣- إرجاع الأمر للإمام في تنفيذ هذه العقوبة في كونها عقوبة تعزيزية .

ب- أثر العرف في تعليق اليد : يرى الباحث أنه إذا انتشرت السرقة في بلدٍ، أو في أي إقليم، فإن تعليق اليد في عنق السارق تكون أقوى ردعاً، وأعظم زجراً، وخاصة إذا تظاهرت بعض الأقاليم بعرف السرقات، وتكون المدة على حسب الأعراف، والأزمنة والأمكنة ، والأشخاص .

٣- عقوبة السجن أو الحبس :

أ- مفهوم الحبس لغة واصطلاحاً وقانوناً.

الحبس لغة: يطلق الحبس بتسميات متعددة ، ويراد به عدة معانٍ منها :

١- المنهج والإمساك:وهو ضد التطليق،قال تعالى:

{ وَلَئِنْ أَخَّرْنَا عَنْهُمُ الْعَذَابَ إِلَى أُمَّةٍ مَّعْدُودَةٍ لَّيَقُولُنَّ مَا يَحْبِسُهُ } [3]

٢- الوقف جاء في الحديث : (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها) [4]

---

(١) كشاف القناع ، (مرجع سابق) ١٤٧/٦ ؛أبن النجار ، محمد بن أحمد الفتوحي (د ت) منتهي الاردات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، مرجع سابق ، ٣ /٣٧٣ .

(٢) ابن نجيم ، زين العابدين (د ت) البحر الرئق شرح كنز الدقائق مصر ، المطبعة العلمية ،ج٨ ص١٠٩، ٤ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق كشاف القناع ، مرجع سابق المغني ، منتهي الإرادات ، مرجع سابق ، ٣٧٣/٣ ؛ ابن ضويان، إبراهيم ابن محمد ابن سالم (د ت) ،منار السبيل في شرح الدليل، بيروت المكتبة الإسلامية ،ج٢، ص١٣٤ ، ط٤ ، ٣٩١/٢ ؛ نيل الاوطار ، (مرجع سابق) ، ١٣٥/٧ .

(٣) سورة هود ، من الآية رقم (٨)

(٤) متفق عليه ، البخاري كتاب باب الشرط في الوقف ، الحديث رقم ٢٥٨٦

٣- السجن: يقال: "حبس الحاكم المجرم إذا سجنه"[١]

ب- الحبس في الاصطلاح الشرعي :

من التعريفات التي أطلقها الجمهور من الفقهاء، على الحبس، أنه: الوضع في المحبس " ولم يفرقوا بين الحبس والسجن ، ويطلقون كل واحد منهما على الأخر .[٢] . فيقصد به تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان في بيت، أو مسجد، أو كان بتوكل الخصم، أو وكيله عليه، وملازمته له.[٣]

ثالثا : الحبس في الاصطلاح القانوني: الحبس هو سلب حرية المحكوم عليه، الذي يلتزم أحياناً بالعمل ويعفى في أحيان أخرى من هذا الالتزام ، وذلك خلال المدة التي يحددها الحاكم" [٤].

ج- مشروعية الحبس :

دل على مشروعية الحبس الكتاب والسنة والإجماع:

(١) فمن الكتاب : قوله تعالى – في آية الحرابة : { أَوْيُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ } [٥] .

ووجه الدلالة من هذه الآية،إن الآية دلت على احدي عقوبات إفراد الحبس، وهذا على مذهب الأحناف الذاهب إلى عدم التفريق بين الحبس والنفي، أما الجمهور فهم يفرقون بين الحبس والنفي [٦]

---

(١) انظر لسان العرب المحيط مرجع سابق ١ – ٥٥١٩ الطرابلسي ، طاهر احمد الذاوي (د ت) أساس البلاغة، مصر ، مطبعة الرسالة ، ص ١١٠، الاصفهانى ، أبو القاسم الحسين بن محمد، (د ت) المفردات في غريب القرآن دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت تحقيق محمد سيد كيلانى ص ١٠٦ ، مقاييس اللغة (مرجع سابق) ٢/ ١٢٨ الجوهري،أبو نصر إسماعيل بن حماد(د ت) الصحاح المسمى تاج اللغة ، مصر ، المطبعة الكبرى العامرة ص ٢٨.

(٢) فتح القدير مرجع سابق ٩ / ٢٧٨ الرملي شمس الدين محمد بن العباس (١٣٥٧) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ط٢ ، مصر – البابي الحلبي ٤ / ٣٣٣ المغنى مرجع سابق ٤/ ٣٣٨ ابن حزم علي (د ت) المحلى بيروت ، دار الأوقاف الجديده تحقيق أحمد محمد شاكر مرجع سابق ١٧٢/٨ تبصرة الحكام مرجع سابق ٣١٥/٢

(٣) مجموع الفتاوى مرجع سابق ٣٩٨/٣٥ ابن قيم الجوزية ، (د ت) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار النشر مطبعة المدني القاهرة ص ١٠١ – ١٠٢ تبصره الحكام (مرجع سابق) ٣١٥/٢ – ٣١٦ .

(٤) الصيفي، عبد الفتاح (١٩٧٦م)، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها، (مرجع سابق)، ص ١٤٥.

(٥) سورة المائدة من الاية رقم (٣٣)

(٦) القرطبي ، محمد ،(١٤١٦هـ)- ، الجامع لأحكام القرآن، ط ٢، القاهرة، دار الحديث. ، ج١٦ ، ص١٥٢. الزيلعي ، فخر الدين عثمان (١١٣٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ط٢، بيروت – دار المعرفة ٤١٢/٢ أحكام القران لابن العربى (مرجع سابق) ٦٠١/٢ المغنى مرجع سابق ١٥٠/٩ حاشية ابن عابدين مرجع سابق ٣٧٦/٥ المحلى مرجع سابق ١٨٣/١١.

ومن القران الكريم أيضاً قوله تعالى: { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَناً وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلاَ نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللّهِ إِنَّا إِذاً لَّمِنَ الآثِمِينَ } [1] .

قال القرطبي – رحمه الله – هذه الآية أصل في حبس من وجب عليه حق [2]

(٢) ومن السنة النبوية المطهرة : حديث أبي هريرة (قال بعث النبي – صلي الله عليه وسلم – خيلا قبل نجد ،فجات برجل من بني حنيفة يقال له: ثمامة بن اثال،فربطوه بسارية من سواري المسجد) [3]

قال النووي معلقا على الحديث: " وفيه جواز ربط الأسير وحبسه [4].

وأيضاً ما ثبت عن بهز بن حكيم:(أن النبي ، صلي الله عليه وسلم ، حبس في تهمة)[5].

(٣) أما الإجماع، فقد اشتهر الكثير من الحوادث بين الصحابة ، ولا يعرف لها منكر ، فكانت أجماعا على مشروعية الحبس والسجن [6].

د - أثر العرف في اتخاذ السجون :

الجرائم التي تستوجب تطبيق عقوبة الحبس في الشريعة الإسلامية: بالنظر إلى أن الحبس من العقوبات التكميلية أو البديلة ، فان تطبيقها يكون في عدد من الأحوال ، مثلا

(١) سورة المائدة الآية ١٠٦ .

(٢) القرطبي ، محمد ،(١٤١٦هـ)- ، الجامع لأحكام القرآن ، ط ٢، ج١٦ ، ص١٥٢. (مرجع سابق).

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري كتاب الصلاة باب الاغتسال إذا سلم وربط الأسير أيضاً في المسجد ، مسلم في كتاب الجهاد والسير، رقم ٤٥٠ .١٧٦٤/١، ١٣٨٦/٣ .

(٤) شرح النووي على مسلم ، ١٢ /٨٧ .

(٥) خرجه أبو داوود من كتاب الاقضية باب في الحبس في الدين وغيره ، الحديث رقم ٣٦٣٠ والترمذي ، كتاب الديات عن رسول الله صلي الله وسلم باب ما جاء في الحبس والتهمة الحديث رقم ١٤١٧ ، ٢٨/٤ والنسائي في السنن الكبرى كتاب قطع السارق وقال الترمذي،حديث حسن .

(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، (مرجع سابق) ، ١٧٩/٤ ؛ حاشية ابن عابدين (مرجع سابق) ، ٣٧٥/٥ البحر الرائق شرح كنز الدقائق (مرجع سابق) نيل الاوطار(مرجع سابق) .

كحبس الزاني غير المحصن[1] وحبس المرتشي والمرابي . والغاش تعزيزا [2] وحبس المتهم حتى يتبين أمره [3] وحبس المجرم الذي لم تنفع معه الحدود[4]

ومن حبس لاستيفاء الحدود عليه كمن حبس وهو يجب في حقه القصاص لعدم حضور الولي [5] وحبس المدين حتى يعرف اغني أم فقير[6].

ويظهر للباحث اثر العرف في حبس الجاني ويكون ذلك على حسب أعراف البلاد و أهلها وهو المكان الذي يودع فيه المجرمون أو المخالفون والمتهمون أو المشتبه بهم وأن الحبس أو السجن تطور معناه في التاريخ الإسلامي تطورا كبيرا فقد كان معناه في الصدر الأول يفيد احد أمرين :

الأول: منع الشخص من التصرف بنفسه ووضعه في بيت أو مسجد.

الثاني: ملازم الخصم له: فهذان المفهومان للسجن هما اللذان كانا على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وعهد خليفته الأول رضي الله تعالى عنه[7] ،ثم لما جاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه طور في مسمى هذا السجن وهو أول من أتخذ السجون، وفي عهد خلافة على بن أبى طالب رضي الله تعالى عنه أسس السجن فسماه نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه فبني أخر وسماه مخيسا.

ومهما يكن من خلاف في نوع السجن، الذي كان، ومن هو أول من أسسه في الإسلام،فان الأمة الإسلامية قد اجتمعت على جواز أن يتخذ الإمام سجنا، يودع فيه المجرمون،والمتهمون، والمشتبه بهم على حسب أعراف الناس وعاداتهم[8].

---

(١) المغني ، مرجع سابق ، ١٤٥/٩ ،ابن درويش ، محمد بن محمد (١٤١٨هـ) اسني المطالب في احاديث مختلفة المراتب ط١، بيروت – دار الكتب العلمية تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ٢٩/٤ ،

(٢) السياسة الشرعية ، مرجع سابق ، ١١١ ؛ تبصرة الحكام ، مرجع سابق ،٢٩٤/٢

(٣) تبصرة الحكام ، مرجع سابق ، ٢٤١/٢ ؛ حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق ، ٦٢/٤- ٨٨ .

(٤) نهاية المحتاج، مرجع سابق ،٨ /٨٨؛ ابن الهمام (١٣١٧هـ) فتح القدير شرح الهداية ، ج١٢، ص٢٠١(مرجع سابق)،٣٥٣/٥ .

(٥)، الشربيني ، محمد أحمد(١٣٢٩)معنى المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج،مصر، المطبعة الميمنية ج٤ ، ص٤٠.

(٦) مغني المحتاج ، مرجع سابق ،١٩٩/٣،ابن تيمية /مجموعة الفتاوي /٢٧٨/٢٨ (مرجع سابق) ، ابن تيمية – أحمد عبد الحليم (١٤١٣) السياسة الشرعية ، الرياض مكتبة المويد

(٧) التركماني،عدنان،خالد،(١٤٢٠)الإجراءات الجنائية الإسلامية في المملكة العربية السعودية أكاديمية نايف – الرياض ص٣٨٦

(٨) الطنطاوي،علي وناجي (١٤٠٣)أخبار عمر وأخبار عبد الله بن عمر ط٢ ، دمشق ، دار القلم ص٨٩.

٤ - عقوبة التغريب :

أ- مشروعية التغريب أو النفي:

تمهيد :

وردت عقوبة التغريب في الشريعة الإسلامية في جريمة الحرابة وجريمة الزنا

قال تعالى: { إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ .[١]

ذكر جمهور الفقهاء، أن من أخاف السبيل فقط ،عقوبته النفي، وكذلك المالكية إذا رأى الأمام، ومع اتفاقهم على هذا الأصل، إلا أنهم اختلفوا في المقصود من النفي، الوارد في الآية الكريمة، فذهب الجمهور[٢]، إلى القول بان المقصود من النفي هو السجن.

في حين أن بعض فقهاء الشافعية، [٣] والحنابلة[٤] يرون أن المقصود من النفي هو تشريد المحارب، وعدم تركهم يأوون في البلد.

ب- مكان تغريب المحاربين:

ذكر جمهور الفقهاء، أن معاقبة المحاربين، بالنفي، حال إخافتهم السبيل، و اختلفوا في مكان تغريبهم على الأقوال الآتية:-

القول الأول: قال المالكية[٥] والشافعية[٦] يخرج من بلده إلى بلد آخر، ويحبس فيه.

الثاني : قال الأحناف[٧] إن النفي معناه الحبس، ولو في بلده، لان الحبس في عرف الناس،معناه النفي،عن وجه الأرض .

---

(١) سورة المائدة الآية ٣٣

(٢) بدائع الصنائع ٩٥/٧ (مرجع سابق)، أفندي، عبد الله سليمان الحلبي (١٣١٠) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، تركيا ،دار سعادات ١٢٩/١ ، وتبين الحقائق ٢٣٦/٣ (مرجع سابق)والمهذب ٢٨٥/٢ ونهاية المحتاج ٥/٨ والجامع الأحكام القرآن ٤١٢/٢ (مرجع سابق)، الدسوقي محمد عرفة (د ت) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – القاهرة – المكتبة البخارية الكبرى ٣١٠/٤

(٣) الأحكام السلطانية للماوردى ٦٢ (مرجع سابق)

(٤) المغنى ٢٩٤/٨ والإنصاف ٩٨/١٠ (مرجع سابق)

(٥) القرافي ، شهاب الدين (د ت) الذخيرة تحقيق محمد أبو الخيرة ، بيروت ، دار المعرفة ٧/ ١٢٦

(٦) النووي ، أبو زكريا يحي بن شرف (د ت) روضة الطالبين ، لبنان ، المكتب الإسلامي ،ج ١٥٦/١٠

(٧) فتح القدير ٤٢٣/٥ (مرجع سابق)

الثالث:قال الحنابلة، [1] في المشهور عنهم، وبعض فقهاء الشافعية:أن النفي معناه لـــيس كما يرى جمهور الفقهاء،بل تشريدهم عن الأمصار، والبلدان، فلا يتركون يأوون بلدا أبداً.

مكان تغريب الزاني البكر:

ذهب جمهور الفقهاء،[2] إلى القول بأن الرجل يغرب، إلى مسافة القصر، بدليل أنه لا يثبت في حقه أحكام المسافرين، ولا يستبيح شيئاً من رخصهم . وأما المرأة فإن خـــرج معها محرمها، نفيت إلى مسافة القصر، وإن لم يخرج معها محرمها، فقد نقل عن الإمـــام أحمد رحمه الله تعالى الآراء الآتية:

الأول: تغرب إلى مسافة القصر كالرجل .

الثاني: تغرب إلى ما دون مسافة القصر لتكون قريبة من أهلها فيحفظوها .

الثالث:لا تشترط مسافة القصر بل ينفي من عمله إلى عمل غيره كما جـــاء فـــي روايـــة الأثرم[3] .

أثر العرف في مكان التغريب:

وبعد سياق أقوال الفقهاء، في مكان التغريب، ومسافته، يظهر للباحـــث أن مكـــان التغريب ومسافة التغريب راجع لأعراف البلد ذاتها، وتغريبه في الحالة يكون بإبعاده، عن البلد الذي كان مسرحاً لجريمته. وبهذا جاءت تعاميم وزارة الداخلية في المملكة العربيـــة السعودية [4] وأستعيض بالسجن عن التغريب لدلالة العرف عليه سواءً للرجل أو للمرأة .

---

(١) المغنى ٤٨٢/١٢ بتحقيق التركي والحلو (مرجع سابق)

(٢) المراجع السابقة.

(٣) ابن قدامة ، (١٤١٢هـــ) المغني ج١١ (مرجع سابق) ص٣٣٠ ، الماوردي الأحكام السلطانية ص٢٣٣ (مرجع سابق) ابن فرحون تبصرة الحكام ١٧٦/٢ (مرجع سابق).

(٤) مرشد الإجراءات الجنائية وزارة الداخلية في المملكة العربية السعودية الإدارة العامة للحقوق،مطابع الأمن العام

المطلب الثاني: أثر العرف في العقوبات التكميلية(المعنوية)

أ ــ عقوبة التوبيخ :

أولاً: مفهوم التوبيخ: يقصد به في اللغة:التهديد،والتأديب،واللوم،يقال وبخت فلانا بسوء فعله توبيخا، و يطلق ويراد به التعيير، يقال عيره بكذا أي وبخه، ويطلق ويراد به التعنيف، والتقريع ،واللوم [١]

ثانيا : أما تعريفه في الاصطلاح الشرعي:

قال المارودي: غاية التوبيخ الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب [٢] والتوبيخ ما يوجه من المحكمة إلى الجاني من اللوم والتأنيب على ما صدر منه،والتنبيه عليه ألا يعود إلى مثل هذا الفعل مرة أخرى"[٣].

ثالثا: التوبيخ في الاصطلاح القانوني: عرفت المادة الثامنة من قانون الأحداث المصري التوبيخ بأنه " توجيه المحكمة اللوم والتأنيب إلى الحدث على ما صدر منه وتحذيره بألا يعود إلى مثل هذه السلوك مرة أخرى " [٤].

ب- مشروعية التوبيخ: اتفق العلماء على جواز التوبيخ واستخدامه كعقوبة ردع للجناة[٥]. قال بعض أهل العلم: أن للحاكم التعزير لمعصية الحق أو لحق ادمي حبسا ولوما،وقد يكون التعزيز حبسا لمدة محدودة وقد يكون لوما وتوبيخا بالكلام [٦] .

وقد استدل الفقهاء على مشروعية هذه العقوبة بأدلة: آتي بشارب خمر فقال : اضربوه ،قال أبو هريرة : فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله، والضارب بثوبه ، ثم قال رسول

---

(١) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، (د.ت)، مختار الصحاح ، علي بترتيبه محمود خاطر ، دار الحديث.١٩٤/١-٢٩٤، ٦٦/٣ ؛ الجرزي، أبو السعادات بنن محمد(١٣٩٩) النهاية في غريب الحديث والأثر ،. الناشر المكتبة العلمية ، بيروت ، تحقيق : طاهر احمد الزراوي ومحمود محمد الطناحي ، ٣٠٩/٣

(٢) الماوردي ، أبو الحسن (د ت) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، وهو شرح مختصر الإمام المزني ، لأبي الحسن الماوردي البصري، دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق : علي معوض وعادل احمد ، ٤٢٥/١٣

(٣) عودة ، عبد القادر (د ت) التشريع الجنائي الإسلامي ج٢/ص٢١٠. (مرجع سابق).

(٤) شرح قانون العقوبات ، الطبعة الخامسة ، مرجع سابق ، ص : ٩٢٦ .

(٥) فتح القدير، مرجع سابق ٢١٢/٤ ؛ حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق ، ٢٣٦/٦ ، روضة الطالبين ، مرجع سابق كشاف القناع مرجع سابق ، ١٢٤/٦ ؛ ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم (د ت) الحسبة في الإسلام للسيخ الإسلام ،بيروت ، دار الكتاب العربي، ص ٥٠

(٦) الاحسائي، عبد العزيز بن حمد مبارك(د ت) تبين المسالك إلي اقرب المسالك ، للشيخ، شرح الشيخ محمد بن احمد الشنقيطي ، دار الغرب الاسلامي ٥٤٠/٤

الله -صلي الله عليه وسلم -: (بكتوه ، فأقبلوا عليه يقولون ما اتقيت الله ، ما خشيت الله ، وما استحيت من رسول الله) [(١)].

فالحديث يدل على أن النبي – صلي الله عليه وسلم – أمر بتوبيخ شارب الخمر ، وهذا يعد دليلا على انه عقوبة مشروعة [(٢)].

٣-حديث أبي ذر بأنه سابب رجلاً ، فعيره بأمه قال رضي الله عنه ، يا رسول الله فعيرته بأمه ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (أعيرته بأمه انك امرؤ فيك جاهلية)[(٣)]

قال النووي رحمه الله : قوله صلي الله عليه وسلم فيك جاهلية أي هذا التعيير من أخلاق الجاهلية، ففيك خلق من أخلاقهم٠ وينبغي للمسلم أن لا يكون في شيء من أخلاقهم، ففيه النهي عن التعيير، وتنقيص الآباء والأمهات، وأنه من أخلاق الجاهلية [(٤)].

ج- **أثر العرف في عقوبة التوبيخ** : يتبين أن عقوبة التوبيخ تصدر من ولي الأمر٠ وهي راجعة إلى تقديره على حسب عرف البلاد، حيث لم يوجد للتوبيخ صيغة معينة فتكون على حسب حال الجاني وجسامة جرمه .

د- صور التوبيخ السابقة على حسب أعراف الناس:

ذكر الفقهاء من الحنابلة صوراً من التوبيخ على سبيل المثال دون الحصر على حسب أعراف الناس السابقة منها:

***النيل من العرض** : ذكر فقهاء الحنابلة أن للحاكم أن يعزر بالتوبيخ وذلك بالنيل من عرضه كأن يقول له يا ظالم يا معتدي حسبما يراه من الزجر .

***الإعراض عن الجاني** : قد يكون التوبيخ بالإعراض عن لجاني أو النظر إليه بوجه عبوس[(٥)].

***الطرد من مجلس القضاء**: وقد يكون التوبيخ بإخراجه من مجلس القضاء.

---

(١)أخرجه أبو داوود في سننه كتاب الحدود باب في الحد في الخمر ، الحديث رقم ٤٤٨٧ ، ٥٦٨/٢ ، البيهقي في السنن الكبرى كتاب الاشربة والحد فيها ، باب ما جاء في وجوب الحد علي من شرب الخمر أو نبيذا مسكرا ، الحديث رقم ٤٤٨٧ ، ٥٦٨/٢

(٢) تبيين المسالك إلي اقرب المسالك ، مرجع سابق ، ٥٤٠/٤

(٣) متفق عليه : البخاري ، كتاب الأدب باب ما ينهي من السباب واللعن ، الحديث رقم ٥٧٠٣، ٥/ ٢٢٤٨ ؛ ومسلم،كتاب الإيمان باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا ما يغلبه الحديث و رقم ١٦٦١،٣/ ١٢٨٢ .

(٤)النووي شرح صحيح مسلم بن حجاج ، مرجع سابق ، ١٣٢/١١- ١٣٣

(٥) الأنصاري ، أبو زكريا (د ت) أسنى المطالب (٤٢٢٣/٦. شرح روض الطالب ، بيروت المكتبة الإسلامية .

***الكلام العنيف**: وقد يكون التوبيخ بتوجيه القاضي إلى الجاني الكلام العنيف هذه بعض الأمثلة التي ذكرها الفقهاء على سبيل المثال دون الحصر، على أن للقاضي كامل الحرية أن يوبخ الجاني بما شاء من الألفاظ ولا يحده في اختيار نوع التوبيخ إلا ثلاثة أمور:

الأول: ألا يصل التوبيخ إلى درجة القذف.

الثاني: أن يعتقد أو يظن القاضي أنه بذلك يحصل الانزجار[١] .

الثالث: ألا يصل التوبيخ إلى درجة تحمل الموبخ على عزة النفس بالإثم فيؤدي التوبيخ حينئذ إلى إعانة الشيطان النفس الأمارة بالسوء، إلى الاستمرار في المعصية٠ وهذا ما أشار إليه صلى الله عليه وسلم [٢] حينما قال بعض الصحابة، لشارب الخمر بعد إقامة الحد عليه، اللهم أخزه، اللهم ألعنه، فقال صلي الله عليه وسلم لا تقولوا هكذا٠ ولا تعينوا الشيطان عليه، بل قولوا اللهم أغفر له اللهم أرحمه٠ إن عقوبة التوبيخ بالكلام أو بالإعراض أو الطرد لا تكون عادة إلا للذين صدرت منهم مخالفات لأول مرة وممن ليس من طبعهم الإجرام وإنما صدر ذلك عنهم على سبيل الزلة ،أو الهفوة غالباً إذا كانت المخالفات هذه قليلة الخطر[٣].

٢ - عقوبة التشهير:

أ- مفهوم التشهير :

أولا: تعريف التشهير في اللغة: الشهرة وضوح الأمر، وشهر سيفه انتضاه فرفعه [٤]

ثانيا: تعريف التشهير في الاصطلاح الشرعي: التشهير هو " إعلان جريمة الجاني حتى يحذره الناس " [٥] فهو عقوبة تقع على الجاني بان يشهر به ويطاف به في الأسواق والأماكن العامة .

---

(١) تبصرة الحكام ٢٠٠/٢ ونهاية المحتاج ٢١/٨ وكشاف القناع ١٢٤/٦ الأنصاري ،أبو زكريا (د ت) أسنى المطالب ،(مرجع سابق) ٢٢٣/٦ واللباب في شرح اللباب ٥٩١/٢ ، اللباب ، عبد الغني الضيمي (د ت) اللباب في شرح الكتاب ، لبنان – دار السلام ، تحقيق محمد عبد الحميد..

(٢).البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين (١٣٥٤) السنن الكبرى ١٣١٢/٨ ، الهند ، دار المعارف العثمانية .

(٣)عامر ، عبد العزيز (د ت) التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٤٤٤ .(مرجع سابق)

(٤) مجمل اللغة العربية ، مرجع سابق ، ص :١

(٥) الشاوي ، منذر ،(١٩٩٦) المدخل لدراسة القانون الوضعي ط٢ – بغداد ، دار الشؤون الثقافية العامة ص٨٤.

ثالثا : تعريف التشهير لدي فقهاء القانون : يقصد به عند فقهاء القانون أن تلصق صورة الحكم الصادر في لوحة الإعلانات بالمحكمة وفي صحيفتين يوميتين تصدر إحداهما في المكان الذي وقعت فيه الجريمة .

ب- مشروعية عقوبة التشهير: الأصل في التشهير انه محرم، وذلك إذا كان في تتبع العورات والتنقيص من الناس وفضحهم دون فائدة، لكنه قد يكون،مباحا أو واجبا وهذا يعود إلى حال المشهر به وحال جنايته.

ج- أثر العرف في عقوبة التشهير:

١ - الصور التنفيذية القديمة للتشهير على حسب عرف الناس سابقاً:

*** إركاب الجاني الدابة منكوسا وحلق شعر رأسه ولحيته**:

واتفق العلماء على جواز عقوبة الجاني بالتشهير به وقد ضرب الفقهاء مثالا ذلك وهو التشهير بشاهد الزور فالحنفية يرون أن شاهد الزور يشهر إلا انه لا يعزر بغير ذلك.

وقال المالكية : يطاف به ويشهر به على الملأ ويضرب ضربا ولا يسود وجهه وجعلوا تعزيره بالإقامة من المجلس والمحافل ونزع عمامته [(١)].

أما الشافعية : فقد أجازوا التعزير بحلق الرأس وإركاب الجاني على الدابة منكوسا.

قال الماوردى في شاهد الزور : يشهر أمره ويقضى القاضي بفسقه فلا تسمع له شهادة ما لم يتب إلا انه يسود ولا يحلق شعره[(٢)].

وأجاز الحنابلة : أن يضرب مع التشهير وتسويد وجهه والإقامة من المجلس [(٣)]

فال في كشاف القناع : وإذا عزره الحاكم أشهره لمصلحة كشاهد الزور[(٤)]

(١) الموصلي، عبد الله حمود مودود (١٩٧٥) الاختيار لتعليل المختار ط٢-بيروت – دار المعرفة ص ١٤٥/٢ المدونة مرجع سابق ٢٠٣/٥ الخرشى أبو عيد الله ، محمد (١٣١٦) شرح الخرشي على مختصر خليل ،ط١ ، مصر ، المطبعة العامرة ، ج٦ ص٢١٥. تبصرة الحكام مرجع سابق ٣٠٤/٢-٣١٢

(٢) روضة الطالبين مرجع سابق ١٤٥/١١ مغنى المحتاج مرجع سابق ١/٤

(٣) الإنصاف مرجع سابق ٢٤٧/١٠ منتهى الإرادات مرجع سابق ٣٦٣/٣ الأحكام السلطانية مرجع ابق ص ٢٨٣ السياسة الشرعية مرجع سابق ص١١٣ البهوتي، منصور يوسف ،(د ت) شرح منتهى الإرادات.(مرجع سابق)

(٤) كشاف القناع مرجع سابق ١٢٥/٦

روي عن عمر بن الخطاب [١] رضي الله عنه في شاهد الزور أنه كان يأمر بضربه بعد تسويد وجهه والطواف به بين الناس[٢] .

* **التحذير المباشر من الجاني :**

روي عن شريح القاضي [٣] انه كان إذا أخذ شاهد الزور بعث به إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر في وقت اجتماع الناس من يقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس .

* **الثالثة: تسجيل الجناية :**

ذكر ابن فرحون [٤] أن من ارتكب جناية تلقين الخصم حجته يضرب ويشهر، في المجالس، ويعرف به ويسجل عليه، وتنسخ منه نسخ توضع عند الثقاة من الناس وكذلك يفعل بشاهد الزور وهذا قريب من إعلان الجريمة في الصحف.

* **المناداة بالذنب:**

روي عن الإمام أحمد أن، شاهد الزور ينادي به وكذلك من تكرر منه الذنب ويطاف به في محلته ويضرب مع ذلك[٥].

ومن ذلك ما ذكره صاحب كشاف القناع [٦] بان القوادة التي تفسد النساء والرجال تجتنب وإذا ركبت القوادة دابة ضمت إليها ثيابها ونودي عليها هذا جزاء من يفعل كذا وكذا كان ذلك على حسب أعراف الناس وعاداتهم..

٢ - الصور الحديثة لتنفيذ عقوبة التشهير وأثر العرف فيها :

تطورت وسائل التشهير في العصر الحديث عما كانت عليه في السابق فمن صور تنفيذ عقوبة التشهير حديثاً:

* الإعلان في الصحف مع نشر صور أصحاب الجريمة .

---

(١) العبسي أبو بكر ابن شيبه (١٤٠٣) مصنف ابن أبي شيبه – الهند ، الدار العلمية - الصنعاني ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام (١٣٩٢) منصف عبد الرزاق – الهند – الدار العلمية

(٢) موسوعة فقه عمر بن الخطاب، دار النفائس، بيروت، ط٢، ص ١٩٤.

(٣) المراجع السابقة ص١٢٧.

(٤) تبصرة الحكام ٢١٣/٢ و ٢١٥/٢ . ابن رشد ، أبو وليد محمد (١٤٠٤) والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة لبنان ، دار الغرب الإسلامية، تحقيق أحمد الحبابي ج٣ ، ص١٤٥ .

(٥) الأحكام السلطانية ٢٨٣، ٢٣٩ ونهاية المحتاج ٢٦٥/٤-٥٦٦. (مرجع سابق)

(٦) كشاف القناع ١٢٧/٦-١٢٨ . (مرجع سابق).

* الإعلان في المذياع .

* الإعلان في جهاز الرائي .

حيث تطورت هذه الوسائل بتطور أعراف الناس وعاداتهم وهذه العقوبة توقع على الناس الذين يعتمدون في التعامل مع الناس على سمعتهم بغية كشف أمورهم بين الناس، والتشهير ليست له صورة محددة في الشريعة بل متروك أمر الناس للقيام بالتشهير على حسب الوسائل المتوفرة في زمنهم.وعلى حسب عرف الناس وعاداتهم .

وقد قضت الأنظمة في المملكة العربية السعودية [١] على انه يقضى بالإعلان عن الأحكام التي تصدر على مرتكبي جرائم الرشوة والتزوير أولئك ليكون ذلك رادعا وزاجرا لغيرهم عن ارتكاب هذه الأعمال ويقتصر النشر على الصحف المحلية.

٣- عقوبة التهديد:

أ- مفهوم التهديد :

١- **التهديد لغة** : يقصد بالتهديد : التخويف ويطلق ويراد به الوعيد [٢]

٢- **أما تعريفه في الاصطلاح** : يقصد به قيام القاضي بإيقاع الخوف بالمجرم، وتوعده إذا عاد للإجرام، بان يكون جزاؤه أشد، فالتهديد يكون لمجرم يرى القاضي، من ماضية وحاضره أن العقاب البدني، أو الحبس يكون ضارا له أو لمن هو في حكمه يهدده، ويتوعده بإيقاع اشد العقوبات به إذا عاد للإجرام مرة أخرى. [٣].

ب- واشترط الفقهاء [٤] لهذه العقوبة الشروط الآتية:

١- أن يرى القاضي أن هذه العقوبة قد تفيد وتصلح الجاني .

٢- أن يكون القاضي في تهديده صادقاً .

٣- أن التهديد يكون لإصلاح الجاني.

٤- أن يتوجه التهديد، إلى شخص الجاني، لا إلى أحد ممن يهمه أمره كأهله وأولاده.

---

(١) مرشد الإجراءات الجنائية (مرجع سابق) .
(٢) لسان العرب ٣/ ٤٣٢ مرجع سابق.
(٣) أبو زهرة ،محمد (د ت) العقوبة في الإسلام ، (مرجع سابق)- ص٢٠٣
(٤) نهاية المحتاج ٢١/٨ وإحياء علوم الدين ٣٠٤/٢ .(مرجع سابق)

٥- ألا يكون التهديد بفعل محرم، كالقتل، و نهب المال، أو انتهاك العرض.

ج- أثر العرف في عقوبة التهديد:

ويرى الباحث أنه ليس هناك ألفاظ خاصة لعقوبة التهديد بل مرجع ذلك لعرف الناس وعاداتهم وما تنطوي عليه أحوالهم وما يكون فيه مصلحة الجاني.

٤ - عقوبة الهجر:

أ- مفهوم الهجر:

أولاً تعريف الهجر لغة: الهجر ضد الوصل، وبابه نصر والاسم الهجرة والمهاجرة من ارض إلى ارض، والتهاجر والتقاطع والهجر بالفتح والتهجير السير في الهجرة، وهي نصف النهارعند اشتداد الحر.[١] وقد عرف بأنه : الخنا القول الفاحش. يقال : اهجر في منطقه إذا جاء بالخنا، والقبيح من القول [٢].

ثانيا : تعريف الهجر في الاصطلاح الشرعي : هو مقاطعة المحكوم عليه، وتركه وعدم الاتصال به، أو معاملته بأي طريقة كانت. [٣]

ثالثا: تعريف الهجر في الاصطلاح القانوني: لم يجد الباحث ما يفيد اخذ القوانين الوضعية بعقوبة الهجر.

ب- مشروعية عقوبة الهجر :

دل على مشروعية عقوبة الهجر الكتاب والسنة :

١- من الكتاب: قولة تعالى{ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ }[٤]. وقال ابن كثير في تفسيره : يعظها فان قبلت، وإلا هجرها في المضجع، ولا يكلمها من غير أن يرد نكاحها، وذلك عليها شديد. [٥] ويرى الباحث أن هذا نوع من العقوبة التي يفعلها الزوج مع زوجته مرجعه للعرف.

---

(١) لسان العرب مرجع سابق ٢٤٠/٥ مختار الصحاح مرجع سابق ٢٨٨/١ النهاية فى غريب الحديث والأثر مرجع سابق ٢٤٣/٥

(٢) الدينورى ، ابو محمد لعبد الله بن مسلم بن قتيبة (١٣٩٧) غريب الحديث الناشر مطبعة العانى بغداد ،ط١ تحقيق عبد الله الجبورى.

(٣) عبد العزيز، عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ص:٤٤٥ مرجع سابق

(٤) سورة النساء من الآية رقم ٣٤

(٥) ابن كثير ،أبو الفداء إسماعيل (د ت) تفسير القرآن العظيم ، بيروت ، مؤسسة الكتب الثقافية .٦٥٤/١.

ومن السنة النبوية المطهرة : فقد هجر النبي صلى الله عليه وسلم الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك وأمر أصحابه بهجرهم .[١]

ج- شروط تطبيق عقوبة الهجر: يشترط لتطبيق عقوبة الهجر شرطان:

الشرط الأول: " تحقق المصلحة من المعاقبة بالهجر .

الشرط الثاني:أن تكون هذه العقوبة هي المناسبة ، وذلك بالتلفظ إلى شخص الجاني بحيث تفي بالمقصود فإذا ترتب على الهجر مفسدة كأن يخشى لعدم تحقق الهدف والغرض من شروع العقوبة تركت [٢]

د- أثر العرف في عقوبة الهجر:

الجرائم التي تستوجب تطبيق عقوبة الهجر تكون في حق بعض الأشخاص،وهي أمر اجتهادي راجع للإمام ، ومن الناس المستحقين للهجر .

وهذه العقوبة قد تصلح نفوساً ترتدع بها فالتقدير في الهجر يرجع إلى عادات الناس وتقاليدهم[٣].

المطلب الثالث: أثر العرف في العقاب التعزيري:

البشر في العقوبة التعزيرية على أربع مراتب، ووضعت عقوبة لكل مرتبة، فأشراف الأشراف تعزيرهم بالإعلام بالذنب، وتعزير الأشراف بالجر إلى باب القاضي، والمخاصمة، وتعزير السوقة بالحبس، وتعزير الأخسة بالضرب، والحبس،[٤]. إلا أن هذا ليس على إطلاقه بل محله إذا أتت كل مرتبة بما يناسب هذا العقاب،[٥] بيد أن الشرع أوجب على القاضي، في تشخيص العقاب، مراعاة أمرين:

١- حال الجناية والجاني والمجني عليه: فالجناية من حيث خطورتها وضررها بالمجتمع والفرد، أو حقارتها،والجاني من حيث مبلغ احتماله لنوع العقوبة،ومقدارها، وهل هو من الأحرار الذين تردعهم المقالة والنظرة أو من الأشرار الذين لا يردعهم إلا وقع

---

(١) متفق عليه أخرجه (البخاري) في كتاب المغازي،باب حديث كعب بن مالك (ومسلم) في كتاب التوبة برقم ٢٧٦٩

(٢) عبد العزيز، عامر، التعزيز في الشريعة الإسلامية ، ص : ٤٤٦ .(مرجع سابق)

(٣) عبد العزيز، عامر التعزير في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٤) بعض علماء الأحناف في كتبهم كالشافي والنهاية والدرر

(٥) قاضي، محمد (١٨٨٩)، السياسة الشرعية، ط١، ص ٣١٨ (مرجع سابق)

السياط،وظلمات السجون،والمجني عليه من حيث إنه من أهل الفضل،والمكان، أو غير ذلك.

٢- مراعاة عادة الناس في كل زمان، وفي كل أمة، فقد يكون الشيء عقاباً في زمان أو مكان، وليس عقاباً في غيرهما، وقد يكون مقدار العقاب رادعاً في زمان، أو أمة، غير رادع في غيرهما.

قال شهاب الدين القرافي[١] في الفرق بين الحد والتعزير (فرب تعزير في عصر، يكون إكراماً في عصر آخر ورب تعزير في بلد، يكون إكراماً في بلد آخر، كقلع الطيلسان بمصر تعزير، وفي الشام إكرام، وككشف الرأس في الأندلس ليس هواناً، وبالعراق ومصر هوان)..[٢]

ويظهر للباحث اثر العرف في العقوبة التعزيزية ومراعاة أحوال الناس وأعرافهم وتطبيق العقوبة على حسب حالة الجاني والجناية.

(١) القرافي ، شهاب الدين أحمد ،الفروق، (مرجع سابق)، جـ ٤ ، ص ١١٠. (مرجع سابق)
(٢) قاضي، محمد (١٨٨٩)، السياسة الشرعية، ط١، ص ٣١٨ (مرجع سابق)

المبحث الرابع: أثر العرف في العقاب في القانون

تمهيد:

تعتبر الجريمة قديمة، قدم المجتمع الإنساني ذاته، وكذلك العقوبة باعتبارها رد الفعل المقابل لهذه الجريمة، وقد اصطبغت العقوبة في العصور القديمة، بفكرة الانتقام من مرتكب الجريمة، وكان هذا الانتقام في البداية، فردياً يلجأ إليه كل فرد اعتدى على ماله،أو مصالحه، دون حاجة إلى تدخل الجماعة، ثم أخذت العقوبة طابع الانتقام، العام تتولاه بتوجيه من السلطة السياسية، ضد مرتكبي الجرائم، ثم تحولت بعد ذلك إلى مرحلة التكفير الديني، وفي مرحلة لاحقة[1]، لم تعد العقوبة مجرد رد فعل يتمثل في الانتقام وإنما أصبحت لها وظيفة معينة، وهدف محدد، وهو منع وتحذير الكافة، من أن يقدم أحدهم على ارتكاب الجريمة مستقبلاً، وهذه ما تسمى بفكرة الردع العام، ولكن لوحظ أن فكرة الردع العام وحدها أيضاً لا تكفي، ولهذا أخذ التفكير في الاهتمام بشخص الجاني،الذي ارتكب الجريمة، حتى لا يعود إلى ارتكاب جريمة أخرى في المستقبل وهذا ما يطلق عليه بالتأهيل للجاني وهذا مضمون الردع الخاص، وتقتضي دراسة أساس العقاب في الفكر القديم الوقوف على المراحل المختلفة، التي مرت بها العقوبة، قبل قيام نظام الدولة وبعد قيام هذا النظام[2].

المطلب الأول: قبل قيام نظام الدولة:

يلاحظ الدارس لدراسات العلمية في العقوبة،أنها لم تظهر إلا في القرن الثامن عشر،حيث بدأت الدراسات الفلسفية البحتة ، تبحث في أساس حق العقاب،أما العقوبة ذاتها فقد ارتبط ظهورها بوجود الجريمة، باعتبارها رد الفعل المنطقي عليها.

وبما أن الجريمة قديمة قدم المجتمع الإنساني، فإن العقوبة كذلك قديمة قدم الإنسان.

ففي المجتمعات البدائية القديمة ، كان أساس العقاب هو الانتقام الفردي من الجاني حيث كان هو المتبع آنذاك وهذا ما اقتضاه العرف في ذلك الوقت ، فكان الفرد يدفع الأذى

---

(١) أبو خطوة ، أحمد شوقي (١٤٠٩هـ) الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة (مرجع سابق) ص١٩.

(٢) الشاوي،منذر(١٤١٦)المدخل لدراسة القانون الوضعي ط١،بغداد دار الشؤون الثقافية العامة ص٨٩(مرجع سابق)

الواقع عليه انتقاماً، من الجاني وثأراً منه بل إن المجني عليه كان يستعين ، إذا اقتضى الأمر ذلك بعائلته لنصرته، ولدفع الأذى، والانتقام من الجاني وعائلته[١]،فكان هذا الانتقام يتخذ صورة الحرب المحددة بين العائلتين، مع ما يترتب على ذلك من أضرار عظيمة كأن يذهب ضحيتها أنفسٌ كثيرة.

ومن ثم لم يكن الانتقام،أو الثأر، متناسباً مع الضرر الناتج عن الجريمة، لاسيما وأن تقدير العقاب أو الانتقام كان متروكاً للمجني عليه ،أو قبيلته، ودون إمكان معاقبته على تجاوزه،مما جعله يبالغ في الانتقام، أو العقاب، من المعتدى أو أحد أفراد عشيرته،أياً كانت جريمته[٢] .

ومع تطور المجتمعات الإنسانية، أوردت قيوداً للحد من الانتقام الخاص ، بحيث يكون الانتقام متعادلاً ومتوازناً مع الضرر الناتج عن الجريمة – فوجد نظام (الدية) وهو مبلغ من المال تتقاضاه عشيرة المجني عليه مقابل تنازلها عن الثأر، أو القصاص ، وكانت الدية في بادئ الأمر اختيارية ، بمعنى أنه إذا لم يتم التراضي، أو عقد اتفاق بين قبيلتي الجاني، والمجني عليه، على تحديد مقدار الدية ، فلا مفر من نشوب الحرب بينهما[٣]،التي تستمر وقتاً طويلاً تأتي على كل شيء ، فتجعله حصيداً خامداً.ومع زيادة نفوذ وهيمنة السلطة العامة داخل الجماعة،أصبحت الدية إجبارية، يتحدد مقدارها بمعرفة هذه السلطة التي كانت تقطع لنفسها جزءً منها مقابل مساعدتها للمجني عليه،أو ذويه في الحصول على الدية، وبإسباغ صفة الالتزام على الدية يمكن القول بأن هذه الصفة جعلت من الدية عقوبة في معناها العام،أي كجزاء توقعه السلطة العامة،على من يخالف قوانينها[٤] لتحد من الانتقام العشوائي.وكانت السلطة في المجتمعات القديمة، تتسم بالطابع الديني، وهذا ساهم كثيراً في إطفاء نار الانتقام،وصار خضوع الأفراد لها نوعاً من الخضوع للدين،وقد نتج عن ذلك تغييرٌ في مفهوم الجريمة،والعقوبة، فالجريمة كانت تفسر على أنها تلبس الأرواح الشريرة والشياطين جسد الجاني،وتوجيهها له لسلوك سبيل

---

(١) أبو خطوة، أحمد شوقي (١٤٠٩هـ) الأحكام العامة لقانون العقوبات، ص٢٢، (مرجع سابق).
(٢) أبو خطوة، أحمد شوقي (١٤٠٩هـ) الأحكام العامة لقانون العقوبات، ص٢١، (مرجع سابق).
(٣) أبو خطوة، أحمد شوقي (١٤٠٩هـ) الأحكام العامة لقانون العقوبات، ص٢٨، (مرجع سابق).
(٤) القيسي ، رياض ،(٢٠٠٢) علم أصول القانون ،(مرجع سابق).

الجريمة،سعياً لإغضاب الآلهة، فكانت الجريمة تعتبر إذاً عصياناً دينياً والعقوبة كانت الوسيلة لاسترضاء الآلهة،وذلك عن طريق التكفير عن ذلك وهذا يفسر طابع القسوة البالغة للعقوبة المتعارف عليها عرفاً آنذاك والتفاوت الجسيم بين الجريمة والجزاء،إذ كلما اشتد العذاب والإيذاء بالجاني،كلما تحقق التكفير عن الجريمة، سعياً لإرضاء الآلهة . وبذلك حل التكفير محل الانتقام(١) .

وهذا الطابع الديني يلاحظ في تشريعات بابل وأشهرها قانون حمورابي(٢) والشريعة الموسوية وقانون مانو الهندي الذي يرجع إلى عام ١٢٠٠ قبل الميلاد ، كما نجده في القانون المصري القديم(٣).

ويظهر للباحث دور العرف في ظهور الانتقام بين أفراد المجتمع وسيطرة العرف السائد آنذاك اظهر هذه المفارقات في الانتقام.

المطلب الثاني : بعد قيام نظام الدولة :

بعد قيام الدولة وسيادتها ، وفرض سيطرتها على الخاضعين لها، أخذت الجريمة مرحلة أخرى وهي ، تهديد للنظام الاجتماعي، مما يستلزم العقاب بالجاني تكفيراً عن ارتكابه الجريمة، وردعاً له أن تسول له نفسه لارتكاب جريمة أخرى في المستقبل، وكذلك ردع غيره وتحذيره أن يحذو حذوه(٤).

فالهدف من العقاب لم يكن إذاً لإرضاء الإله فقط، وإنما كان لتحقيق غاية سياسية، وهي المحافظة على النظام الاجتماعي السائد، ولم يظهر هذا الطابع السياسي للعقوبة – إلى جانب الطابع الديني – إلا نتيجة ازدهار الدراسات الفلسفية لدى الإغريق، إلى جانب الدراسات الدينية، فقد نادي (أفلاطون) بشخصية العقوبة ، وأن الهدف من العقاب إنما في وقاية المجتمع، من وقوع الجريمة مستقبلاً، ولم يخرج (أرسطو) – في هذا الصدد عن تعاليم أستاذه ، فقصر غرض العقوبة على حفظ الأمن في المستقبل، والاهتمام بإصلاح

(١) أبو خطوة ، أحمد شوقي (١٤٠٩هـ) الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ص٢٥،(مرجع سابق).

(٢) سراس ، أسامة (١٩٩٣) شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم ص٣٤

(٣) المرصفاوي ، فتحي ،(د ت) القانون الجنائي والقيم الخلقية دراسة تاريخية مقارنة القاهرة ، دار النهضة العربية ص١١٤إلى١١٨

(٤)أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هـ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة،(مرجع سابق).

المجرم، وتأهيله حتى لا يعود إلى الجريمة ، مرة أخرى ، وذلك حفاظاً على الطابع الاجتماعي [١] وكان تنفيذ العقوبة يتسم – في هذه المرحلة – بالقسوة البالغة والشدة خاصة بالنسبة للجرائم الماسة بسلطان الدولة،وزعزعة سيادتها، أو كان ضاراً بالمصلحة العامة،فكانت عقوبة الإعدام مثلا تنفذ بعد تعرض المحكوم عليه لشتى أنواع التعذيب،وأصناف الترهيب.

وكان الحكام يستندون إلى نظرية التفويض الإلهي، في توقيع هذه العقوبات القاسية، بهدف التخلص من خصومهم السياسيين،المناوئين لهم، وكذلك من المجرمين، الذين يهددون سلطانهم، وأنظمة حكمهم، ويمكن القول انه في هذه المرحلة لم يكن أساس العقاب هو الانتقام من الجاني، بل التكفير عن الجريمة التي ارتكبها،وقام بها، وبتحقيق التكفير بإنزال العقاب بالجاني تطهيرا لنفسه، ومنعه من معاودة اقتراف جريمة أخرى، وبزجر الغير من الإقدام على ارتكابها، أي أن العقوبة كانت تؤدي في هذه المرحلة وظيفة مزدوجة الردع من ناحية، والتكفير من ناحية أخرى .

وكان نظام العقاب – في روما القديمة مثلاً، يغلب عليه الطابع الديني الصرف، وكان ذلك واضحا من خلال تلك الجرائم التي تمس العائلة، والمجتمع، حيث كانت العقوبة تهدف إلى إرضاء الآلهة وتهدئة غضبها بزعمهم [٢]. وقد ظلت العقوبة محتفظة بطابعها الديني، حتى دخلت المسيحية أرجاء الإمبراطورية الرومانية، ونادت بالمساواة بين الناس في العقاب، وألغت التفرقة بين المواطنين، التي كانت موجودة في بعض الشرائع السابقة، كتطبيق عقوبة الإعدام على العبيد وحدهم، وقد نادى بعض الفقهاء الرومان، بان هدف العقوبة ليس هو الردع فقط، وإنما هو الإصلاح والتقويم،[٣] وهذا منحى جديد عند الرومان حفاظاً على المجتمع وأعرافه لأن الديانة المسيحية تركت بصماتها وأثارها الواضحة العميقة، على السياسة العقابية، فالعقوبة كانت تستند إلى مبدأ التكفير عن خطيئة الجريمة، غير أن مدلول التكفير لم يعد الانتقام من الجاني، لإرضاء الآلهة كما كان من

(١) عوض ، محمد محي الدين (١٤١٨هـ) أصول التشريعات العقابية في الدول العربية ص٦ (مذكرة).
(٢) أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هـ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة(مرجع سابق).
(٣) أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هـ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة(مرجع سابق).

قبل، وإنما كان في نظر الكنيسة وسيلة لتطهير نفس المجرم، وتهذيبه، وإصلاحه، وقد كان لهذه النظرة الجديدة لوظيفة العقوبة، أثرٌ بالغٌ في الاهتمام بشخص المجرم، ومستقبله[1]. كما يرجع الفضل إلى القانون الكنسي، في إدخال كثير من الأفكار والمبادئ إلى القانون الجنائي، من ذلك فكرة المسئولية الفردية، وفكرة الخطأ، وفكرة الإسناد، أي إسناد ونسبة الخطأ، إلى فاعله[2]. ومن جهة أخرى مارس رجال الدين المسيحي القضاء الجنائي وذلك بسبب جمع الكنيسة للسلطتين الدينية، والمدنية، حيث كانت لهم محاكمهم الخاصة، وكان يدخل في اختصاصها كل الجرائم التي تمس المصالح الدينية، بل إن إساءة خلقية كانت تعتبر جريمة، أما العقوبة فقد كانت تعتبر رد فعل، على الجريمة لخطيئة دينية، فاتسمت تبعا لذلك بالقسوة البالغة،في الشدة، وذلك لردع الآخرين وتخويفهم، من تقليد الجاني، وقد احتفظت العقوبة بطابع القسوة البالغة طيلة القرون الوسطى، والتنديد بالنظم الجنائية القائمة، فقد مهدت كتابات فلاسفة العصر مثل (مونتسيكو) (وسو وفولتير) (وبكاريا) (وبنتام) إلى قيام الثورة الفرنسية، التي تتبت كثيرا من المبادئ التي نادى بها أولئك الفلاسفة، والتي ظلت سائدة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وتحدد بذلك سلطة القاضي، في تطبيق العقوبات، السالبة، لتحل محل العقوبات البدنية، وعلى أساس هذه الأفكار الإصلاحية، ظهرت المدارس الجنائية، وقد أثارت القسوة البالغة في العقاب، مشاعر كثير من المفكرين والفلاسفة، في القرن الثامن عشر، فقاموا بحملة شعواء ينكرون فيها قسوة وجسامة العقوبات، التي لا تتفق مع آدمية الإنسان، ونادوا برد العقوبة إلى أسس وضوابط تحول دون المبالغة والإسراف في إيقاعها على المذنبين، ومن هؤلاء الفلاسفة مونتسكيو الذي اخرج " روح القوانين[3] " وهاجم فيه العقوبات القاسية، التي كانت سائدة في فرنسا،في القرن الثامن عشر، ومن بعده جاء (جاك روسو) الذي اصدر كتابه " العقد الاجتماعي[4] " حاملا فيه على العقوبات القاسية التي كانت سائدة في عصره، وقد رد في كتابه هذا أساس حق الدولة في العقاب إلى تنازل من

---

(١) المرصفاوي ، فتحي ،(د ت) القانون الجنائي والقيم الخلقية مرجع سابق ص٢٠

(٢) أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هـ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة(مرجع سابق).

(٣) القيسي ، رياض –(٢٠٠٢) علم أصول القانون ، ص٢٤١،(مرجع سابق).

(٤)القاضي، عبد الله محمد (١٤١٠هـ) السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق (مرجع سابق).

الأفراد عن بعض حرياتهم، وحقوقهم للجماعة، في سبيل المحافظة على الباقي منها، ومن ثم فان جزاء الخروج على الجماعة، إنما يكون إلى القدر اللازم فقط لحمايتهم ولقد تمخضت هذه الأفكار، عن ظهور عدد من النظريات الفلسفية، التي تبحث في أساس حق العقاب، وأغراضه، ويمكن التمييز في الفكر الجنائي، وهذه المذاهب وفق التسلسل التاريخي هي: المدرسة التقليدية[1] وتتميز بطابع البحث النظري المجرد، والمدرسة الوضعية[2]، وتتميز بطابع الواقعية، حيث ثبتت مبادئها على أساس دراسة الواقع ثم استقراء النتائج، التي تسفر عنها الدراسة الواقعية، وهى تناقض بذلك فكر المدرسة التقليدية، وبين الاتجاهين السابقين وجدت مذاهب تتوسط بينهما، محاولة التوفيق بينهما، وتسمى بمدارس الوسط أو التخبير[3]، وأخيرا ظهرت في المرحلة المعاصرة لتطور الفكر الجنائي حركة إصلاحية، تهدف إلى إرساء التوفيق بين كل من سياسة الدفاع الاجتماعي، والسياسة الكلاسيكية، وقد اصطلح على تسمية هذا الاتجاه بالاتجاه النيوكلاسيكى المعاصر[4].

ويظهر للباحث أثر العرف في إيجاد هذه المدارس حيث بتطور الجماعة وتطور الأعراف تطورت المدارس الجنائية والنظريات الفلسفية.

المطلب الثالث: انعدام أثر العرف في العقاب في القانون:

يرجع الفضل إلى المدرسة التقليدية، في إبراز أهمية مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) بما يستتبع ذلك أن المشرع وحده – وليس القاضي – هو الذي يحدد العقوبات المقررة للجرائم. وما على القاضي سوي الالتزام بالنص التشريعي فقط ولا يتعداه ولا يجتهد ، فلا يجوز له تفسير هذا النص ، بمعنى أنه لا يستطيع القياس في تطبيق العقوبة كما يستلزم أن يكون تحديد العقوبات، بمعرفة المنظم، سابقاً على وقوع الجريمة، وقد استطاعت هذه المدرسة، بتقريرها هذا المبدأ التشريعي الهام، والذي يعد أحد ركائز

(١) أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هـ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة(مرجع سابق).
(٢) أعبود ، الكوني علي (٢٠٠٣) أساسيات القانون الوصفي الليبي المدخل إلى علم القانون (مرجع سابق) ص٣٠ وما بعدها.
(٣) أعبود ، الكوني علي (٢٠٠٣) أساسيات القانون الوصفي الليبي ، المدخل إلى علم القانون (مرجع سابق)
(٤) أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هـ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة(مرجع سابق).

التشريع الجنائي أن تضع حداً لسلطة القاضي، في تجريم الأفعال التي لم ينص عليها المنظم، وتقرير العقوبات لها . فلم يعد القاضي يملك أن يجرم فعلاً لم يجرمه القانون ، ولا أن يقضي بعقوبة غير التي نص عليها القانون .وقد سجلت الثورة الفرنسية هذا المبدأ الهام في المادة الثامنة من وثيقة(إعلان حقوق الإنسان والمواطن)عام ١٧٨٩ بتقريرها أنه(لا يجوز البتة عقاب،أي شخص، إلا بموجب قانون،يصدر سابقاً على ارتكاب الجريمة،وليس للقانون أن ينص إلا على العقوبات الضرورية بصورة مؤكدة). كما اقر هذا المبدأ قانون العقوبات الفرنسي، الصادر عام ١٧٩١ والذي تبني مذهب بكاريا كاملاً . والحق في العقاب يعد ضرورة لاستقامة الحياة الاجتماعية الطبيعية، بين أفراد كل المجتمع، هذه الضرورة، تفرض وجود نظام عقابي منظم تتولي السلطة العامة،أمر تشغيله ولا مجال للمنازعة[١] فيها .

والى اللحظة يسود حتى الآن، في نطاق القانون الجنائي، في اغلب التشريعات، (مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات) وبعبارة أخرى مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)[٢] ومعنى مبدأ الشرعية ألا يعتبر فعل ما جريمة، إلا إذا كان هناك نص في القانون يجرمه،وإلا تكون عقوبة لفعل معين، إلا بنص في القانون كذلك ، و يترتب على ذلك أن القاضي لا يمكنه اعتبار فعل ما جريمة إلا إذا كان ذلك بنص في القانون،و لا يحكم بعقوبة على واقعة معينة تعرض عليه إلا إذا نص القانون عليها لهذه الواقعة . فإذا عرضت عليه، واقعة ليفصل فيها، ولم يكن هناك في القانون نص يدل على تجريمها، أو لم يكن فيه نص على عقوبة لها، فأنه لا يستطيع أن يقضي بالإدانة بأيه عقوبة، و عليه أن يحكم بالبراءة[٣] وبناءً على ذلك لا يكون هناك مجال للعرف في العقاب تأكيداً وكفالة للحريات الآدمية[٤].

(١) أبو عامر، محمد زكى (١٩٩٣) قانون العقوبات (القسم العام) (مرجع سابق)
(٢) عامر، عبد العزيز ، الأحكام العامة للجريمة – مرجع سابق ص ٩١ .
(٣) أبو عامر، محمد زكي (١٩٩٣) قانون العقوبات (مرجع سابق ص٢٦
(٤) كيره ، حسن (د ت) المدخل إلى القانون ،ط٥ ، - الإسكندرية – منشأة المعادن ص٢٩٧

الفصل الرابع

اثر العرف في الإجراءات الجنائية

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول: أثر العرف في الإجراءات الجنائية في الشريعة

المبحث الثاني :أثر الإجراءات العرفية غير المشروعة في الإجراءات في الشريعة

المبحث الثالث: أثر إجراءات العرف في القانون

المبحث الرابع :انعدام أثر العرف في الإجراءات في القانون

المبحث الأول :أثر العرف في الإجراءات الجنائية في الشريعة

تمهيد:

الإجراءات الجنائية،لم تعرف عند فقهاء الإسلام قديماً، علـى غـرار مـا فعلتـه الدراسات القانونية الحديثة، وليس معنى هذا أن فقهاء الإسـلام لـم يعرفـوا موضـوع الإجراءات الجنائية، بشكل خاص والإجراءات القضائية بشكل عام، و التي تتخذ من حين و قوع الجريمة لتنفيذ الحكم بحق الجاني(١)،فكان هذا النوع من الإجراءات، أو الخطوات العملية،كان يطلق عليها الفقهاء علم القضاء و في هذا الصدد يقول ابن فرحون المالكي في تبصرته (ولما كان علم القضاء من أجل العلوم، ولا غرابة في امتياز علم القضاء، عـن فروع المذهب، لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات، بين يدي العلم بأحكام الوقائع، والجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يكن لها في دواوين الفقه ذكر، وان أحاط بها الفقيه خبرات، و عليها مدار الأحكام، و الجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام(٢)).

ويتبين من كلام ابن فرحون، أن علماء الشريعة كانوا على دراية وافية، بالوقـائع الجزائية، و أحكامها التي تستوجبها فهم غالبا على علـم بتلـك المقـدمات،التي تمثـل الخطوات العلمية، التي يجب سلوكها من وقت وقوع الجريمة، إلى حـين البـت فيهـا وإصدار حكم شرعي على مرتكب الجريمة.

ويمكن تعريف الإجراءات الجنائية في الشريعة، بأنها الخطوات العلمية المحكمة بالقواعد والأحكام الشرعية، التي تحكم الدعوى الجنائية، من حيث إجراءات مباشرتها، منذ وقـوع الجريمة حتى تنفيذ الحكم على يد السلطات.(٣)

يلاحظ من خلال دراسة علم الإجراءات الجنائية، أن هذا العلم ينطوي على نوعية من التنظيم الإجرائي، في المجال الجنائي،وقد نظمت الشريعة جانبا منه،وتركت الجانـب

---

(١) التركماني ، عدنان خالد ، (١٤٢٠) الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية .الرياض ، مركز الدراسات و البحوث – أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ،ص ١١ .

(٢) ابن فرحون ، إبراهيم بن شمس الدين ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية، (د ت) بيروت ، دار الكتب العلمية .ص٢٢٣ هو برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمود بن فرحون اليعمري المالكي .

(٣) التركماني،عدنان خالد(١٤٢٠)الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص٩ (مرجع سابق)

الأخـــر لـــولاة الأمـــر، حيـــث يتولـــون أمـــر تنظيمـــه، وفـــق مقتـــضيات مـــصالح الأمة،واحتياجاتها،وظروف الزمان والمكان،وعلى حسب أعراف الناس وعاداتهم، فما كان منها متعلقا بقواعد العدل،ومبادئ الحقوق فقد حددت الشريعة الخطوات العلمية،ولم تترك لأحد من البشر كائنا من كان أمر تنظيم هذا الجانب التطبيقي،حيث ترك لهم أمر التبـــديل والتغيير،حسب ما يرونه أنه أصلح للناس،وأكثر دقة،وسهولة، وأفضل الطرق الموصـــلة إلى إظهار الحق وإنصاف المظلوم من الظالم [١].

حيث لم يكن ذلك من الشريعة إهمالا لهذا الجانب التنظيمي الهام الذي له علاقـــة وطيدة بتطبيق أحكام التشريع الجنائي، بل يعود ذلك إلى طبيعة الـــشريعة الإســـلامية، لكونها صالحة لكل زمان ومكان حيث نظمت تنظيما دقيقا،بمجموعة من القواعد العامـــة، والأحكـــام التفـــصيلية،بما يتعلـــق بجوانـــب الحيـــاة الثابتـــة،والتي تتعلـــق بمبـــادئ الحقوق،وقواعد العدل الثابتة، والتي لا تخضع للتبديل والتغيير٠ وقد تركـــت لـــولاة أمر المسلمين تنظيم الإجراءات الجنائية التي تتعلق بتنظيم التطبيق إلى جانب كثيـــر من المصالح التي لا تتعلق بجوانب الحياة الثابتة بل تتعلق بمصالح الناس وأطلـــق علماء الأصول على هذا الجانب الذي ترك أمر تنظيمه لولاة الزمـــان (المـــصالح المرسلة) أي التي لم يرد لها في الشرع اعتبار ولا إلغاء[٢].

ويتبين للباحث أن الجانب التطبيقي كان موضوع عناية الأئمة الـــسابقين، ولـــم يهملوه،حيث كانت لهم دراسات مشرقة في هذا الجانب، لاسيما الدراسات التـــي تناولت العلاقة التي ما بين الحكام ، والرعية، وما يجب على الحكام ، من العمل على استقرار الأمن في الحياة الاجتماعية٠ وتحقيق السعادة للإنسان على هذه الأرض كما جاء ذلك عن الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية، وكذلك ما جاء عن أبى يعلى الفراء فـــي كتابه الأحكام السلطانية،وابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية والحسبة،وما جاء عن ابـــن قيم الجوزية في كتابه الطرق الحكمية،وما كتبـــه ابـــن فرحـــون فـــي كتابـــه تبـــصرة

---

(١) التركماني،عدنان(١٤٢٠) الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص٤٠(مرجع سابق).
(٢) التركماني،عدنان (١٤٢٠) الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص٥٠(مرجع سابق).

الحكام،وقبل ذلك ما جاء في كتاب الخراج لأبى يوسف صاحب أبـــى حنيفـــة،رحمهم الله تعالى حيث جاء في كتبهم بعض جوانب الإجراءات الجنائية، التي تتعلق بتنظيم قواعد التطبيق،كالاتهام، والتحقيق، كل ذلك يعطي للقارئ المتخصص، قصب السبق فـــي هـــذا التنظيم الرائد. لأنه فكر مستند على أصول ثابتـــة فـــي القـــرآن، والـــسنة، والـــشريعة الإسلامية،قد نظمت الجوانب الإجرائية التي تتعلق بقواعـــد العـــدل ومبـــادئ الحقـــوق وتركت لولى الأمر الحرية في المجال الذي يتعلق بتنظيم التطبيق.لتتفق مـــع أعـــراف الناس وعاداتهم.[١].

(١) التركماني ، عدنان ، الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (مرجع سابق) ص٤٩.

المبحث الثاني: أثر الإجراءات العرفية غير المشروعة في الإجراءات في الشريعة:

لم يجز جمهور الفقهاء، التوصل للأدلة بوسائل منافية للشرع، ويرون أن التصرف أو الإجراء يكون باطلاً إذا خالف حكم الشرع، وخالف الإجراءات الجنائية، ولا يترتب عليه أثر من الناحية الشرعية، ويفرق الفقهاء في الفقه الإسلامي بين العيب المتعلق بالركن،والعيب الذي لحق وصفاً عارضاً من أوصاف الإجراء أو التصرف. فالأول يرتب البطلان في حين أن الثاني يؤدي إلى الفساد(١).

ومن ثم يجب أن تكون الإجراءات التي اتخذت للحصول على الدليل مشروعة، ومطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يجوز الاستناد إلى دليل تم الحصول عليه بوسائل غير مشروعة، ومحظورة شرعاً. فالمقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها،وطرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها. فإذا حرم الله تعالى شيئاً، له طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حماه(٢).

ويرى أكثر العلماء إهدار الدليل غير المشروع(العرفي) إذا تم الحصول عليه بطريق التعذيب، أو التهديد، أو عن طريق التجسس، أو التلصص، أو تسور البيوت والجدران،لمخالفة ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية، التي نهت عن إتباع الوسائل، والطرق التي حرمها الشرع. وينبغي على القاضي ألا يؤسس الإدانة على دليل غير مشروع متحصل بوسائل نهي الشرع عن اتخاذها ومباشرتها ولو كانت موجودة عرفا ومشتهرةً زماناً، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة وأقوال وأفعال الصحابة رضي الله عنهم.

من الأدلة في القرآن الكريم على إهدار الدليل المتحصل عليه بطريق الإكراه ولو كان جائزاً عرفاً قوله تعالى { إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ } (٣). وورد في السنة أن الرسول –

---

(١) الجندي، د. حسني، (د. ت) ، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، ص ٣٥٨
(٢) الجوزية، ابن قيم،(١٣٧٤)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ص ١٤٧ (مرجع سابق).
(٣) سورة النحل ، الآية (١٠٦)

صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[1]. ويحظر القرآن الكريم اللجوء إلى التجسس، والاطلاع على عورات الإنسان، وانتهاك حرمته وكرامته وحقه في ستر خصوصياته ،وفي ذلك يقول جل شأنه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً } [2]. وقد بلغ حرص الشريعة الإسلامية، على حرمة المسكن، وصيانة خصوصية الإنسان، أن أهدرت القصاص والدية عند دفع المتلصص، أو فَقْء عينه، وان كان متعارفا عليه في بعض الأعراف، فقد روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: "لو اطلع في بيتك أحد ولم تأذن له حذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح"[3].

كما رُوي أن أبا محجن الثقفي كان يشرب خمراً، في بيته ومعه أصحاب له فانطلق عمر حتى دخل عليه، فإذا ليس عنده إلا رجل فقال أبو محجن: يا أمير المؤمنين إن هذا لا يحل لك، قد نهى الله عن التجسس، فقال عمر: ما يقول هذا؟ فقال له زيد بن ثابت، وعبد الرحمن بن الأرقم، صدق يا أمير المؤمنين، هذا من التجسس، قال فخرج عمر وتركه[4]. فقد دل فعل عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – على إهدار الدليل الذي أظهر المنكر متى تم الحصول عليه بدخول المسكن بطريق غير مشروع مخالف لأحكام الشرع.

وورد في المبسوط "لو أن قاضياً أكره رجلاً بتهديد أو ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الإقرار باطلاً لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان الصدق كما قال عمر -رضي الله عنه -: ليس الرجل على نفسه بأمين إذا

---

(١) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي في الحديث رقم (٢٠٤٣) المجلد ٢ ص ٥١٣ وقد انفرد به ابن ماجه

(٢) سورة الحجرات ، الآية (١٢)

(٣) صحيح البخاري ، كتاب الديات ج ١٢ ص ٢١٦ برقم (٦٨٨٨ ، ٦٩٠٢) وأخرجه مسلم في كتاب الآداب ج ٥ ص ٣١٤ برقم (٢١٥٨) سنن أبي داود كتاب الآداب ج ٣ ص ٩٧٢ برقم ٤٣٠٩، مسند الإمام أحمد في باقي مسند المكثرين ج ١٦ ص ٤٨٣ رقم ١٠٨٣٦

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٠، ٢٣٢، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، (مرجع سابق).

ضربت وأوثقت[1]. وجاء في المدونة الكبرى: "قلت أرأيت أن أقر بشيء من الحدود بعد التهديد أو القيد أو الوعيد أو السجن أو الضرب أيقام عليه الحد أم لا؟ قال مالك: من أقــر بعد التهديد أقيل.

فالوعيد والقيد والسجن والضرب تهديد كله وأرى أن يقال، قلت: "والوعيد والتهديد عند مالك بمنزلة السجن والضرب"[2].

ويرى ابن حزم الظاهري عدم جواز تعذيب المتهم وجاء في المحلى[3]: "لا يحــل الامتحان في شيء من الأشياء بضرب ولا بسجن ولا بتهديد لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ثابتة ولا إجماع ولا يحل أخذ شيء من الدين إلا من هذه الثلاثة النصوص، بل قــد منع الله تعالى من ذلك على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: "فــإن دمــاءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام"[4].

وذهب بعض العلماء إلى جواز ضرب المتهم المعروف بالفجور وســوء الــسيرة حتى يقر ويكشف عن جرمه فيعاقب عن فعله ويجتث فساده ويصان الصالح العام ببــسط الأمن والسكينة العامة في المجتمع . ويرى ابن القيم أن المتهم إذا حمــل علــى أن يقــر بالمال المسروق الذي أخفاه فأقر به وكشف عن مكان وجوده فإن ذلك دليل على صــحة إقراره. ويضيف: "وأنه إذا عوقب على أن يقر بالمال المسروق، فأقر به، وظهر عنــده قطعت يده وهذا هو الصواب بلا ريب وليس هذا إقامة للحد بالإقرار الذي أكــره عليــه ولكن بوجود المال الذي توصل إليه بالإقرار"[5].

وخلاصة القول أن الإجراءات العرفية غير المشروعة في الإجراءات الشرعية لا يعتمد عليها ولا يعول عليها ،ضماناً لحقوق الآدميين ومنعاً من الإجراءات التعسفية.

---

(١) السرخسي، ١٣٩٨هـــ ، المبسوط، ص ٧٠ (مرجع سابق)،

(٢) - ابن انس، مالك بن أنس ، (د.ت) ، الموطأ ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، مصر، دار إحياء التراث.

(٣) ابن حزم، ١٩٨٨، المحلى، بيروت، دار الكتب العلمية ، ج ١٢، ص ٤١ ، أبو محمد علي أحمد سعيد الأموي ينتهي نسبه إلى صخر بن حرب بن أمية جد بن أمية ولد بقرطبة عام ٣٨٤هـــ وكان حافظاً عالماً لعلوم الحديث وفقه ، شاعراً أديباً أعتمد مذهب داود بن علي الظاهري توفي في رجب سنة ٤٧٩ له مصنفات منها (المحلى ، الفصل في الملل والنحل . .

(٤) ابن حجر، أحمد (د ت) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، كتاب الفتن، باب قوله – صلى الله عليه وسلم – لا تراجعــوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ج١٣، ص٢٦ ، رقم ٧٠٧٨، النووي ، يحيى بن شرف،(د ت) شرح صــحيح مــسلم للنووي ج١٢، ص٨ ،.مسلم في كتاب القسامة والمحاربين، ج ٤ ص ٣١٩، ٣٢٠ رقم ١٦٧٩. ص ٣٥٨ ، ٣٨١ (مرجع سابق).

(٥) الجوزية، ابن القيم،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي ،(د ت)، الطرق الحكمية، في السياسة الشرعية ، بيــروت ،دار الفكر، ص ١١.

أثر العرف في الإجراءات في القانون :

أفرزت طبيعة التطور البشري، ثلاثة أنظمة إجرائية، بحسب أعراف الجنس البشري، في ذلك الزمن حيث توجد هناك ثلاثة أنظمة أساسية للإجراءات الجنائية، كانت تنتمي إليها قوانين الإجراءات الجنائية في مختلف دول العالم، الشرقي، والغربي، وذلك بحسب أعراف أهل البلاد، وعاداتهم، وقد تطورات بتطور الإنسان ومحيطه،التي تعار فت الأعراف البشرية عليها ،وأقرها العرف ضمنا وهي:

١ - **النظام الاتهامى:** لقد كان هذا النظام من أقدم النظم الإجرائية، التي ظهرت في العالم،حيث عرفه اليونان والرومان، وعرف في فرنسا، حتى القرن الثاني عشر.

وكانت الجريمة في هذا العصر الإقطاعي في أوربا، في الوقت الذي لم تنظم فيه السلطة القضائية تعتبر جريمة خاصة، ينصب أذاها على المجني عليه خاصة. ويقوم هذا النظام على أساس أن الدعوى الجنائية ما هي إلا صراع بين خصمين، هما المجني عليه والمتهم، وبينهما قاضٍ محايد مختار برضاهما[١].وإذا كان الأمر كذلك فمن الطبيعي أن الدعوى الجنائية لن تتحرك إلا بعد الإدعاء الشخصي من المجني عليه[٢]

وكان المتهم بموجب هذا النظام يقع عليه إثبات براءاته ومن هنا قيل : إن النظام الاتهامى يحقق ميزة المساواة، بين أطراف الدعوى في مجال الإثبات، وفي ظل هذا النظام كان القاضي يعتبر فردا، عاديا، مقبولا، لدى أفراد الدعوى، بحيث كان المتهم بإمكانه يرفضه، إذا أراد أما دوره في الإثبات فقد كان محكوما بمبدأين :

الأول: الحكم في الدعوى بإقناعه.

(١) عوض ، محمد محي الدين (١٤١٨) مذكرة أصول التشريعات العقابية في الدول العربية ، اكاديمية نايف ، الرياض ،ص٨٥.
(٢) التركماني،عدنان خالد(١٤٢٠)الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (مرجع سابق)

الثاني:دوره في الإثبات كان قاصرا على تقييم الأدلة،التي يتقدم بها أطراف الدعوى دون أن يكون له دور ايجابي، في البحث والإثبات والتحقيق،وفى النهاية كان حكمه لصالح أقوى المتداعيين حجة،بعد علانية إجراءات الخصومة الجنائية وشفوية المرافعة. [١]

وهنا يظهر للباحث دور العرف في إنشاء مثل هذا النظام والذي كان سائداً في ذلك الوقت على حسب عادات أهل البلاد.

٢- **النظام التنقيبى**: هذا النظام يقوم على أساس تولي السلطات المختصة في الدولة،توجيه الاتهام وإخطار القضاء، واعتبار الجريمة عدوانا على الجماعة، التي أصبح من حقها إيقاع العقاب على الجاني، عن طريق النيابة العامة، باعتبارها سلطة متخصصة إجرائية في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها. وصار لها سلطات على المتهم تمارسها عليه، بغية الوصول إلى الحقيقة، كالقبض عليه وتفتيشه وحبسه احتياطا [٢] . أما بالنسبة للقاضي فقد قوى مركزه فأصبح موظفا، لا مجرد شخص يلجأ إليه الخصوم لتراضيهما. بل أصبح مفروضا على طرفي الدعوى ، واعتبر له دور إيجابي في البحث عن الحقيقة، وإعطاء هذا الدور صلاحية تعذيب المتهم، لإجباره على الاعتراف، وكانت هذه الصلاحية سر خطورة هذا النظام وخطئه[٣].

ومن ناحية أخرى فقد اعتمد هذا النظام الأدلة القانونية، فلم يعد بمقدور القاضي في ظل هذا النظام أن يحكم في الدعوى وفق قناعته.

وإنما صار مقيدا بأدلة حدد القانون قيمتها في الإثبات.فلم يعد قادرا على الخروج عليها كما كان شانه في النظام الاتهامى،بل أصبحت طريقة الحصول على الأدلة محددة،وعلى القاضي أن يحكم بالبراءة، إذا لم تتوافر أدلة الإدانة بصرف النظر عن قناعته في ذلك كله.[٤] وفي هذا النظام يعكس الرغبة في الوصول إلى إدانة المتهم.

---

(١) التركماني ، عدنان، المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي الرياض دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ص٤٠.
(٢) عوض محمد عوض (١٤٠٣هـ) ، مذكرات أصول التحقيق الجنائي أكاديمية نايف ،ص١٧.
(٣) التركماني ، عدنان ، المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي (مرجع سابق) .
(٤) التركماني ،عدنان (١٤٢٠) الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص٥٣(مرجع سابق)

وهو لذلك يعطى القاضي صلاحية التنكيل بالمتهم في سبيل الوصول إلى إيقاع العقاب عليه، من أجل حماية المجتمع من أخطار الجريمة.

ويظهر للباحث أنكماش دور العرف في النظام التنقيبي، فينعدم دوره لكون هذا النظام يقوم على قواعد مخصصة ومحددة[١].

٣ - **النظام المختلط:** وهذا النظام يقوم على التوفيق بين اعتبارين :

الأول: عدم معاقبة أحد إلا بحق وحسب جنايته.

الثانى: عدم إفلات مجرم من عقاب أي كان.

وبناء على هذين الاعتبارين اعتبر النظام المختلط الدعوى الجنائية ملكا للدولة، تباشرها بواسطة مختصين في هذا المجال، وهم أعضاء النيابة العامة[٢].والنظام المختلط أخذ بنظام التدخل القضائي، في مرحلة التحقيق الابتدائي، وذلك لضمان حق المتهم،وللاطمئنان إلى الأدلة التي تجمع، بغية الوصول إلى الحقيقة، وذلك بتمكين المتهم من مناقشتها ولهذا فأن هذا النظام يأخذ بالنظام التنقيبى في مرحلة التحقيق الابتدائي، وفي مرحلة المحاكمة فيمكن القول بأنه ،أخذ بالنظام الأتهامي، حيث يتولى القاضي تقييم الأدلة، المقدمة من الخصوم، مع تمكين كل منهم بمناقشتها، وبذلك تظهر الحرية المحدودة للقاضي ، في تكوين قناعته٠ ولذلك فإن المبادئ التي تحكم المحاكمة هي: العلانية وشفوية المرافعة مع تدوين إجراءات المحاكمة وإعطاء القاضي دورا ايجابيا، في الكشف عن الحقيقة، وتكوين تقيم الأدلة ضمن حدود حيث يستطيع الخصوم مناقشة هذه الأدلة [٣].

ويرى الباحث انعدام أثر العرف في هذا النظام.

---

(١) التركماني،عدنان،الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (مرجع سابق).
(٢) التركماني،عدنان (١٤٢٠) الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ص٦٠(مرجع سابق)
(٣) التركماني،عدنان،خالد(١٤٢٠)الإجراءات الجنائية الإسلامية في المملكة العربية السعودية ص٤١/٤٤ (مرجع سابق)

المبحث الثالث: أثر إجراءات العرف في القانون

مفهوم الإجراءات وأهميته

تمهيد :

الشرعية الإجرائية في القانون الوضعي تستند في مقوماتها وعناصرها إلى مبدأ الشرعية التي يخضع لها القانون الجنائي بمختلف فروعه. ومقتضى مبدأ الشرعية التزام المجتمع وجميع أجهزة الدولة بسيادة القانون وحكمه في كافة مظاهر نشاطها[(١)]

أهميته: وتبدو أهمية مبدأ الشرعية، في نطاق القانون الجنائي، في صيانته لحقوق الإنسان، من خطر التجريم، والعقاب، بغير الأداة التشريعية، التي تخولها الدساتير سلطة سن القوانين، واللوائح لمكافحة الجريمة، وبسط الأمن في المجتمع.

ولهذا وجدت أولى قواعد الشرعية، التي تحكم القانون الجنائي، وهي الشرعية الجنائية الموضوعية، المتمثلة في قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون). ويمتد مجال الشرعية الجنائية، ليكفل الحرية الشخصية، وجميع حقوق الإنسان، خلال مباشرة الإجراءات الجنائية، في الاستدلال، والتحقيق الابتدائي، والمحاكمة. ولأجل ذلك ظهرت الحلقة الثانية، من قواعد الشرعية الجنائية، وأطلق عليها الشرعية الإجرائية[(٢)].

المبحث الرابع :انعدام أثر العرف في الإجراءات في القانون الجزائي:

تنص الدساتير المعاصرة سواءً العربية، والغربية نصاً واضحاً على وجوب احترام كرامة الإنسان، وتكفلت بحماية حريته الشخصية، وكفالة حقوقه في شتى حياته.

ومن تلك الدساتير الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ (المواد ٤٠ وما بعدها). ودستور جمهورية السودان الحالي لسنة ١٩٨٨ في الفصل الأول من الباب الثاني (المواد ٢٠ وما بعدها). والتعديلات التسعة الأولى، لدستور الولايات المتحدة، مضافاً إليها التعديل الرابع عشر، الذي يوجب على الولايات المتحدة الالتزام بالحقوق، والحريات العامة المكفولة دستورياً.

---

(١) سرور، د. أحمد فتحي،(د.ت)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، ص ١٣١

(٢) بسيوني،محمود شريف (د ت) الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان ، لبنان دار العلم للملايين ، ص٢٤٠

وقد صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في العاشر من ديسمبر سنة ١٩٤٨م. حيث جاء في ديباجته أنه من الضروري أن يتولى القانون حماية الإنسان، لكيلا يضطر المرء آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد والظلم(١).

ونصت المادة الخامسة منه كذلك بأنه لا يجوز أن يعذب إنسان، ولا أن تفرض عليه عقوبات، أو معاملات قاسية، أو غير إنسانية، أو حاطة بالكرامة.

وكذلك جاء منصوصاً في المادة التاسعة على أنه لا يجوز أن يقبض على أحد، أو يحجز، أو ينفى تعسفاً. وتقرر المادة (١١ / ١) أن كل شخص متهم بارتكاب فعل جنائي، يعد بريئاً، حتى تثبت إدانته، وفق القانون إثر محاكمة علنية تتوافر له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن النفس.

وتوجب المادة (١٢) احترام الحياة الخاصة للإنسان٠و تنص على أنه لا يجوز أن يتعرض إنسان لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو في أسرته، أو في منزله، أو في مراسلاته، أو للعدوان على شرفه أو سمعته ومن ثم صدرت،من بعد هذا عدة مواثيق وإعلانات إقليمية لكفالة حقوق الإنسان، وخاصة ما يتعرض له المرء المتهم من مساس بحريته وحرمة مسكنه خلال إجراءات التحقيق الجنائي ، نذكر منها ما يلي:

١- الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦.

٢- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠.

٣- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩.

٤- الميثاق الأفريقي لحقوق الشعوب والإنسان الصادر عن منظمة الوحدة الأفريقية في ١٩٨١م.

---

(١) بسيوني ، محمود شريف ووزير عبد العظيم (د ت) الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان (مرجع سابق)

ومن هنا يتضح أن الإجراءات الجنائية ، تخضع مباشرتها لضمان القضاء"[1] حيث الأصل في المتهم البراءة، وقد أضحت تمثل هذه القاعدة أحد أهم المبادئ الدستورية،لصيانة الحرية الشخصية، في مراحل الدعوى الجنائية[2].

وعلى ذلك فإن الأحكام، والإجراءات ،إجراءات التقاضي لابد أن تكون واضحة،ومعلومة موافقة للنظام حفظاً لحقوق الإنسان – سواء كان إجرائياً أو تحقيقاً – أو محاكمة مع توافر جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن النفس[3].

ويلاحظ الباحث انعدام العرف في الإجراءات في القانون حيث لا تجريم ولا جزاء إلا بنص تشريعي سابق منعاً من انتهاك الآدمية الإنسانية.

---

(١) سرور، أحمد فتحي، (١٩٩٦)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، ،القاهرة، دار النهضة العربية ص ١٧٤العربية.

(٢) مدني تاج الدين (د ت)أصول التحقيق الجنائي في المملكة العربية السعودية، الرياض معهد الإدارة (مرجع سابق)

(٣) سرور، أحمد فتحي، (١٩٩٦)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، ، ص ٢٠١ (مرجع سابق).

الفصل الخامس

الخلاصة: النتائج والتوصـــيات

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول: خلاصة الدراسة

المبحث الثاني: نتـــائج الدراسة

المبحث الثالث: توصيات الدراسة

الفصل الخامس

الخلاصة: النتائج والتوصـــيات

المبحث الأول: خلاصة الدراسة

إن الدين الإسلامي يختلف عن بقية الديانات الإلهية، التي جاء بها الرسل قبل النبي الخاتم صلى الله عليه وآله وسلم، في أنه لم يقتصر على الناحية المعنوية في حياة الإنسان، ولم يبن على الرهبنة والاعتزال، عن الحياة الدنيا، بل يريدها حياة دينية، يمــلأ روحهــا وكيانها الإيمان بالله، واليوم الآخر، مع الاستفادة من خيراتها بما يحقق هدفه .

والقول أن التشريع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان وأمة، ليس شعاراً فضفاضاً بل مبدأ أساسياً٠ ومن هنا كانت أحد الوسائل التي تجعل في الشريعة المرونة المطلوبــة هو بناء العديد من أحكامها على العرف، والعوائد التي تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، ومن هنا كانت دراسة العرف مهمة لتحديد المفردات التي تكون قابلة للتغير والتبدل .

المبحث الثاني: نتائج الدراسة

وبعد أن تناولت في بحثي العرف في القانون الجنائي دراسة مقارنة تأصيلية وذكــرت فيه أقوال الفقهاء والأصوليين أكون بذلك قد وضعت بين يدي القارئ موضوعاً مبسطاً إن شاء الله وظهر للباحث النتائج الآتية:

١. من خلال تعريف العرف عند الفقهاء والأصوليين أمكن التوصل إلى وضع تعريــف مختار للعرف يجمع بين التعاريف الواردة في تعريف واحد بحدود أخرجتهــا عــن تعريف العادة فأصبح العرف أخص من العادة وكل عرف عادة وليس العكس.
٢. من خلال مقارنة العرف بالأمور المشابهة له اتضح أن:
   - بين العادة والعرف خصوص وعموم وكل عرف عادة.
   - العرف سلوك جماعي يتغير ويتبدل والعمل مصطلح خاص بالفقهاء والعلماء.
   - الإجماع في أول أمره كان عرف أهل المدينة.

٣. أن الشريعة الإسلامية لا تقر من الأعراف إلا ما كان موافقاً لأصولها محققاً مصلحة للفرد وللمجتمع.

٤. من خلال استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم في حجية العرف تبين أن العرف معتبر بمعناه اللغوي وأن العرف يتبوأ مرتبة تالية للنص وليس بدليلاً مستقلاً بذاته.

٥. أن أساس القوة الملزمة للعمل بالعرف تعود إلى حاجة الناس إليه وأنه يحقق مصالحهم الحياتية.

٦. اهتمام الشريعة الإسلامية بالفرد والمجتمع يبدو ذلك واضحاً من خلال اهتمامها بأعرافهم سواء كانت عامة أو خاصة.

٧. أن الصحابة عملوا بالعرف الصحيح وفي ذلك دلالة واضحة على حجية العرف والعمل به تأسياً برسول الله، ثم عمل من بعدهم الأئمة بالعرف الصحيح وفي مختلف المذاهب الفقهية وبدون استثناء.

٨. أن للعرف أثراً كبيراً في مختلف الأبواب الفقهية.

٩. العرف يُعتبر أحد المصادر الخاصة بتفسير كثير من النصوص الشرعية الواردة في الكتاب والسنة والقانون لذا أحال كلٌ منهما نصوصه على العرف.

١٠. أن العرف في الشريعة ينقسم إلى أقسام متعددة منها ما هو صالح وموافق للشريعة الإسلامية ومنها ما هو مخالف لها.

١١. أن الأحكام تتغير تبعاً لتغير الأعراف الزمنية والمكانية.

١٢. إذا جرى العرف باستعمال اللفظ في معنى من دون غيره من المعاني وكذلك إذا اعتاد الناس فعل شيء من الأشياء فإن العرف القولي والعمل يخصص العام من ألفاظ الناس.

١٣. انعدام دور العرف في الإجراءات في الشريعة والقانون .

١٤. انعدام دور العرف في التجريم والعقاب في الشريعة والقانون ابتداءً لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا يمنع من إحالة بعض الأفعال والأقوال للعـــرف فـــي تحديـــدها كتحديد مفهوم الحرز في السرقة وبعض ألفاظ القذف.

١٥. أن الشريعة الإسلامية، تقر الصالح الذي جرى به العمل بين الناس، فتبقى المـــصلحة إلى جوار العرف جنباً إلى جنب، يعملان على تحقيق هذه الغاية في كل زمان ومكان.

١٦. العرف الذي يؤدي إلى الفساد يجب سده وحسمه لأنه إذا أدى إلى الفساد كـــان غيـــر معتبر شرعاً وكل وسيلة من الأعراف والعادات التي من هذا القبيل لا تقر ولا تعتمد.

١٧. أن القانون لم يغفل في تقنينه أعراف الناس وعاداتهم كما أنه لا يقر من أعراف الناس إلا ما كان صالحاً يظهر ذلك من خلال دور العرف وأثره في أبوابه ومواده.

١٨. أن نظام العقوبات في الأعراف يتخذ صوراً متعددة، كما أن لها موجبات، فلها أيـــضاً ظروف مشددة، ومخففة، وموانع لعدم إيقاعها.

١٩. كل حكم صادر بالعرف يخالف مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية لا اعتبـــار لـــه ولا يجوز العمل به.وكذلك الشأن في القانون ٠

المبحث الثالث: توصيات الدراسة

توصي الدراسة بما يلي:

١. تبني الدولة مراكز توعية جماهيرية لكيفية التعاون مــع الأعــراف، والمــستجدات، والوقائع حتى لا يقع الناس في مخالفة لنصوص، وقواعد الشريعة الإسلامية،ونصوص القانون .

٢. العمل على إيجاد دراسة منهجية علمية للأعراف المحلية.

٣. تسخير الدولة إمكانياتها لتبني توعية الناس خطورة العمل بالأعراف الفاسدة التي تجلب للناس الخراب والدمار كالثأر مثلاً.

٤. تبيين العرف الصحيح من العرف الفاسد وأثره في الأحكام التشريعية والقانونيــة مــن خلال الندوات والمحاضرات العلمية.

٥. إعطاء الفرصة للمحكمين للأعراف التي لا تخالف الشريعة والقانون وجعلها معاونــة للمحاكم الشرعية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصـــادر :

القرآن الكريم.

كتب السنة النبوية.

(حرف الألف)

ثانياً : المراجـــع :

أنور سلطان (١٩٨٣م) المبادئ القانونية العامة الطبعة الرابعـــة بيـــروت دار النهـــضة العربية.

أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي (١٣٥٨) أحكام القران، مطبعـــة عيـــسي الحلبـــي القاهرة تحقيق محمد البيجاوي ، وطبعة دار المعرفة بيروت ، لبنان.

أنيس، إبراهيم وآخرون ، (١٩٧٢م) المعجم الوسيط، ط٢، القاهرة، ج ٢ .

إسماعيل محمد بكر (١٤١٧هـــ) الفقه الواضح من الكتاب والـــسنة،ط٣، القـــاهرة ، دار المنار.

أفندي، عبد الله سليمان الحلبي (١٣١٠) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، تركيـــا ،دار سعادات.

أسود، نقولا، (١٩٨٦) القانون المدني (المدخل والأموال)، بيروت، الجامعة اللبنانية.

أعبود، الكوني علي (٢٠٠٣) أساسيات القانون الوصفي الليبي،المدخل إلى علم القـــانون ط٤، ليبيا ،المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية .

الألباني، ناصر الدين (١٤٠٥) إرواء الغليل،ط٢ ،بيروت ، دار المكتبة الإسلامية.

أبادي، محمد شمس الحق العظيم، أبو عبد الرحمن شرف الحق محمد أشرف الـــصديقى العظيم ،(١٤٢١) ط٢ عون المعبود، دار إحياء التراث العربي بيروت.

أمير باد شاة،محمد أمين ، (د.ت) تيسير التحرير ،لبنان ، دار الكتب العلمية .

انس، مالك ((١٣٢٣) المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون ط١ مصر ، مطبعة السعادة.

الإحسائي، عبد العزيز بن حمد مبارك(د ت) تبيين المسالك إلي اقرب المسالك ، شرح الشيخ محمد بن احمد الشنقيطي، دار الغرب الإسلامي.

الأنصاري،أبو زكريا(د ت) أسنى المطالب شرح روض الطالب ، بيروت المكتبة الإسلامية.

ابن انس، مالك بن أنس، (د.ت)،الموطأ،تحقيق،محمد فؤاد عبد الباقي ، مصر، دار إحياء التراث.

(حرف الباء)

البغا، مصطفى، (١٤١٣هـ) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ،ط٢-دمشق – دار العلم.

البورنو،محمد صدقي،(١٤١٦) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية،بيروت،مؤسسة الرسالة،ط٤.

البيهقي،أبو بكر أحمد بن الحسين (١٣٥٤) السنن الكبرى ١٣١٢/٨،الهند،دار المعارف العثمانية.

البيهوتي ، منصور يوسف ،(د ت) شرح منتهى الإرادات.

بسيوني ، محمود شريف (د ت) الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان ، لبنان ، دار العلم للملايين .

(حرف التاء)

التركماني،عدنان،خالد،(١٤٢٠)الإجراءات الجنائية الإسلامية في المملكة العربية السعودية أكاديمية نايف ، الرياض.

ابن تيمية ، أحمد عبد الحليم (١٤١٣) السياسة الشرعية ، الرياض مكتبة المؤيد.

ابن تيمية،أحمد بن عبد الحليم (د ت) الحسبة في الإسلام ،بيروت،دار الكتاب العربي.

أبن تيمية أحمد بن عبد الحليم (١٤١٢) مجموع الفتاوى ، الرياض ، وزارة الشؤون الإسلامية.

(حرف الجيم)

الجندي، د. حسني، (د. ت) ، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام.

جرجس (١٩٩٠م) ، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية،مراجعة القاضي انطوان الناشف، طبعة الأولى،بيروت الشركة العامة للكتاب.

الجرجاني ، محمد بن علي نور ،(١٩٩٠م)، التعريفات، ط٣، بيروت، مكتبة لبنان.

الجصاص،أبو بكر أحمد علي الرازي (١٣٣٨) أحكام القرآن،القسطنطينية،الأوقاف الإسلامية.

الجرزي، أبو السعادات بن محمد(١٣٩٩) النهاية في غريب الحديث والأثر ، الناشر المكتبة العلمية ، بيروت،تحقيق : طاهر احمد الزراوي ومحمود محمد الطناحي.

ابن جزي ، (د.ت)، تقريب الأصول ، بيروت، عالم الكتب.

جواد، علي(د ت) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام ، دار العلم للملايين بيروت.

الجوهري،أبو نصر إسماعيل حماد (د ت) الصحاح المسمى تاج اللغة وصحاح العربية ، تقديم عبد الله العلايلي ، بيروت، دار الحضارة العربية.

(حرف الحاء)

أبن حنبل،أحمد(د،ت) المسند،الرياض ط٢، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد.

ابن حزم، علي بن أحمد (د ت) الأحكام – بيروت – دار القلم.

ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد علي (د ت) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، لبنان، دار الكتب العلمية تحقيق عبد العزيز ابن باز.

ابن الحاج ،محمد محمد بن محمد (د،ت) التقرير والتحبير في أصول الفقه ،ط١ لبنان، دار الكتب العلمية.

الحسن، خليفة،(د.ت)،تخصيص النصوص، بالآلة الاجتهادية عند الأصوليين،لبنان،المؤسسة الثقافية.

حسن أل الشيخ ، المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية.

حيدر،علي،(١٤١١هــ)،درر الحكام شرح مجلة الأحكام،تعريب المحامي فهمي الحسيني ، بيروت ، دار الجيل.

ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد علي (د ت) أسد الغابة في معرفة الصحابة،لبنان ، دار الكتب العلمية.

ابن حزم علي (د ت) المحلى بيروت ، دار الأوقاف الجديده تحقيق أحمد محمد شاكر.

(حرف الخاء)

أبو خطوة،أحمد شوقي(١٤٠٩هــ)الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة،دبي،دار الغرير للطباعة.

خلاف،عبد الوهاب،١٩٤٧م،أصول الفقه الإسلامي، ط ٢،بيــروت، دار إحيــاء التــراث العربي.

الخياط، عبد العزيز، (١٣٩٧هــ)، نظرية العرف، عمان، نشر مكتبة الأقصى.

الخرشـــى أبـــو عيـــد الله ،محمـــد(١٣١٦) شـــرح الخرشـــي علـــى مختـــصر خليل،ط١،مصر،المطبعة العامرة.

الخطابي ، حمد بن محمد إبراهيم، (د ت) ، معالم السنن ط٢ – بيــروت – دار الكتــب العلمية

(حرف الدال)

الدهلوي ،أحمد بن عبد الرحيم بن وجيه (د ت) حجة الله البالغة، ،لبنان ، مكتبــة الجيــل الجديد.

درويش ، محمد بن محمد (١٤١٨هــ) اسني المطالب فــي أحاديــث مختلفــة المراتــب ط١،بيروت،دار الكتب العلمية تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

الدردير،أبو البركات أحمد(١٢٧٨)شرح الدردير على مختصر خليل،ط١ دار المعــارف مصر المطبعة العامرة،مصر ح٤

الدسوقي محمد عرفة (د ت) حاشية الدسوقي على الــشرح الكبير،القــاهرة ،المكتبــة البخارية الكبرى.

الدينورى،أبو محمد لعبد الله بن مسلم بن قتيبة (١٣٩٧) غريب الحديث الناشـر مطبعـة العانى بغداد ،ط١ تحقيق عبد الله الجبورى.

(حرف الراء)

ابن رشد ، أبو الوليد محمد (١٤٠٤) والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق فـي مسائل المستخرجة، لبنان، دار الغرب الإسلامية ، تحقيق أحمد الحبابي.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد(١٣٣٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مـصر، دار الكتب العربية.

الرملي شمس الدين محمد بن العبـاس(١٣٥٧)نهايـة المحتـاج إلـى شـرح المنهـاج ط٢،مصر،البابي الحلبي.

(حرف الزاء)

زيدان ، عبد الكريم (١٩٦٧) الوجيز في أصول الفقه ، ط٣ ، بيـروت – دار الكتـب العلمية.

زكي، محمود جمال(١٩٦٩)دروس في مقدمة الدراسات القانونيـة، ط٢،القاهرة،الهيئـة العامة لشئون المطابع الأميرية.

الزبيري،عبد الملك،أحمد (٢٠٠٣) العرف حجيته، وأثره في التشريع الإسلامي، صـنعاء منشورات ،جامعة صنعاء.

الزرقا،أحمد،(١٩٩٦م)،شرح القواعد الفقهية،ط٤،دمشق، دار القلم ،تحقيق د.عبد الـستار أبوغدة.

الزركشي ، محمد بن بهادر بن عبد الله (د ت) المنشور في القواعد ، بيـروت – دار العلم.

زوين ، هشام (د ت) دفوع البراءة في جريمة السرقة – القاهرة دار الوسام.

أبو زهرة ،محمد (د ت) العقوبة في فقه الإسلامي ، لبنان ، دار الفكر.

الزلمي،مصطفى إبراهيم،(١٩٨٣م) دلالات النصوص وطرق استنباط الإحكام في ضـوء أصول الفقه،بغداد، مطبعة أسعد.

الزحيلي، وهبه (١٤١٨هـ)، أصول الفقه الإسلامي، ط٢، لبنان، دار الفكر المعاصر.
الزيلعي،فخر الدين عثمان(١١٣٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ط٢، بيروت،دار المعرفة.
الزبيدي،محب الدين،محمد(١٣٠٦) تاج العروس من جواهر القاموس ط١،مصر،المطبعة الخيرية.
الزمخشري ، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر ، (ت٥٣٨هـ) (د.ت)، أساس البلاغة ، تحقيق ، عبد الرحيم محمود ، دار المعرفة، لبنان.
الزركلي ، خير الدين (٢٠٠٢) الأعلام ، لبنان ، دار العلم للملايين.

(حرف السين)

سراس ، أسامة (١٩٩٣) شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم.
سرور،أحمد فتحي(١٩٩٦)،الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية،القاهرة، دار النهضة العربية.
أبوسنه،أحمد فهمي(د.ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء،(رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر)، ط١،القاهرة،دار البصائر.
السمرقندي، علاء الدين، (د.ت)، تحفة الفقهاء، ط٢، القاهرة، دار إحياء التراث الإسلامي.
السدلان،صالح غانم(١٤١٧هـ) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها،ط١،الرياض دار بلنسية.
السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن،(١٣٩٩م)، الأشباه والنظائر، ط، ١ لبنان دار الكتب العلمية.
السرخسي ، محمد بن سهل ، المبسوط (١٣٢٠هـ)، ط١ ، مصر ، مطبعة السعادة ، ج١٢.

(حرف الشين)

الشربيني ،محمد احمد (١٣٢٩) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،مصر،المطبعة الميمنية.

الشاطبي .إبراهيم بن موسى. (١٣٤١) الموافقات القاهرة،دار الفكر ضبط محمد بن عبد الله دارز.

الشوكاني ،محمد علي (١٣٤٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ط٢،بيروت،دار الكتب العلمية بتحقيق مصعب محمد سعي البدوي مؤسسة بيروت الكتب الثقافية.

الشوكاني ،محمد علي (د ت) البدر الطالع،– دار المعرفة – بيروت .

الشيرازي، أبو إسحاق،(١٩٩٥) شرح اللمع ط١ ،مصر ، القاهرة ، دار الكلم الطيب .

الشاوي، منذر، (١٩٩٦) المدخل لدراسة القانون الوضعي ط٢، بغداد، دار الشؤون الثقافية العامة.

الشيرازي،أبو إسحاق،إبراهيم بن علي (د ت)المهذب في فقه الإمام الشافعي،لبنان ،دار الفكر.

الشنقيطي محمد الأمين ابن محمد ابن المختار (د ت) أضواء البيان في إيضاح القران بالقران، المدينة المنورة ، مطبعة مدني.

شلبي،محمد مصطفى(١٤٠٥هـ) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعده الملكية ط٢، بيروت دار النهضة العربية.

شلبي ، محمد مصطفى ، (١٤٠٣هـ) ، أصول الفقه الإسلامي ، ط٤ ، بيروت، الدار الجامعية.

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (١٣٣٥هـ) ، الأم ، ط١ ، مصر المطبعة الكبرى الأميرية.

الشافعي ، محمد بن إدريس (د ت) مسند الشافعي ، بيروت دار الكتب العلمية .

(حرف الصاد)

الصاوي ، أحمد ، (١٢٩٩) بلغة السالك لأقـرب المـسالك ، ط١ ، مـصر ، المطبعـة الأزهرية.

الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام (١٣٩٢) مصنف عبد الرزاق – الهند – الـدار العلمية.

الصيفي، عبد الفتاح مصطفى(١٩٧٦) القاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقـه الجنائي المعاصر،القاهرة،دار النهضة العربية.

الأصفهاني ، أبو عبد الله محمد (د.ت)، الكاشف عن المحصول في علم الأصول، تحقيق عادل حمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية.

الصالح،محمد أديب صالح(١٤١٣هـ)، تفسير النصوص في الفقه الإسـلامي، بيـروت، المكتب الإسلامي.

(حرف الضاد)

الضيمي،عبد الغني (د ت) اللباب في شرح الكتاب ، لبنان – دار السلام ، تحقيق محمـد عبد الحميد.

ابن ضويان، إبراهيم ابن محمد ابن سالم (د ت) ،منار السبيل في شرح الدليل، بيـروت المكتبة الإسلامية.

(حرف الطاء)

الطنطاوي، علي وناجي (١٤٠٣) أخبار عمر وأخبار عبد الله بن عمر ط٢ ، دمشق ، دار القلم.

الطرابلسي، طاهر احمد (د ت) أساس البلاغة، مصر، مطبعة الرسالة .

(حرف العين)

عوض ، محمد محيي الدين (١٤١٨) مذكرة أصول التشريعات العقابية في الدول العربية، اكاديمية نايف، الرياض .

عامر، عبد العزيز(١٩٨٧)شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبـــي ط٢، بنغازي،منشورات جامعة فاريونوس.

العبسي أبو بكر ابن شيبه (١٤٠٣) مصنف ابن أبي شيبه – الهند ، الدار العلمية.

عوض، محمد محي الدين (١٩٨٧)القانون الجنائي.

أبو عامر، محمد زكي (١٩٩٣) قانون العقوبات – بيروت – الدار الجامعية.

ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت)نشر العرف في بناء الأحكام على العرف مجموعة رسائل ابن عابدين.

ابن العربي، محمد ، بن عبد الله (د ت)، أحكام القران ط٢ ، بيروت ، عالم الكتب.

عبد القادر، محمد، (د، ت) العرف عند الحنابلة، بيروت، طبعة دار الفكر.

عبد العزيز عامر(د ت) – التعزيز في الشريعة الإسلامية، بيروت،دار الكتب العلمية.

العوجي،مصطفى(د ت) القانون الجنائي الجزء الأول النظرية العامة للجريمة مع مقدمـــة في القانون الجنائي،بيروت،مؤسسة نوفل.

عبد المنعم، سليمان (د. ت) ، أصول المحاكمات الجزائيـــة، ط١، بيـــروت، المؤســـسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

عودة ، عبد القادر (د ت) التشريع الجنائي الإسلامي.

عبد الكافي تـــاج الـــدين أبـــي نـــصر عبـــد الوهـــاب١٣٨٤هـــــ طبقـــات الـــشافعية الكبرى،ط١،مصر،طبع بمطابع عيسى البانى الحلبى وشركاه .

عالية، سمير (١٤١٦هــ) علم القانون والفقه الإسلامي، ط٢ بيروت، المؤسسة الجامعيـــة للدراسات والنشر والتوزيع.

عوض،السيد صالح(د.ت)أثر العرف في التشريع الإسلامي،رسالة دكتوراه،القـــاهرة،دار الكتاب الجامعي.

(حرف الغين)
غزال، إسماعيل، (١٩٨٩)، القانون الدستوري، لبنان المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر.
الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول (١٤١٣هـ) ، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
(حرف الفاء)
ابن فارس ، أبو الحسين أحمد (١٤١٠هـ) معجم مقاييس اللغة (٢٨١/٤). ط٤ ، لبنان الدار الإسلامية ، تحقيق وضبط عبد السلام هارون.
فرج، توفيق حسن،ومطر،محمد يحيى،(د.ت)،الأصول العامة للقانون، مصر، القاهرة الدار الجامعية.
ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء ،إبراهيم بن محمد (د ت)تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الجكام ط١ مصر،المطبعة العامرة ج١١٢/٢.
الفتوحي ، محمد بن عبد العزيز،(د ت) شرح الكوكب المنير،الرياض ،مكتبة العبيكان.
الفسيل ، عبد الله، (د.ت)، دور التقاليد العرفية في نشأة القانون اليمني.
فواز العاملى، أعلام النساء المسمى الدر المنثور في طبقات ربات الخدور زينب بنت على بن حسين.
(حرف القاف)
الجوزية، ابن القيم،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي(د ت)الطرق الحكمية،في السياسة الشرعية،بيروت ،دار الفكر
القيسى ، رياض (٢٠٠٢م) ، علم أصول القانون ، طبعة الأولى ، بيت الحكمة ،بغداد.
القرطبي ، محمد ،(١٤١٦هـ)- ، الجامع لأحكام القرآن ، ط ٢ ، القاهرة ، دار الحديث.
ابن قدامة،موفق الدين عبد الله بن أحمد،(١٤١٢هـ)،المغني،تحقيق عبد الله التركي ومحمد الحلو،الرياض، دار هجر.

قاضي،عبد الله محمد (١٤١٠هــ) السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق، بيروت، المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر.

القرافي، شهاب الدين أحمد، (١٣٤٤) ، الفروق ، مصر – مطبعة البابي الحلبي.

القرافي ، شهاب الدين (د ت) الذخيرة تحقيق محمد أبو الخيرة ، بيروت ، دار المعرفة

القرطبى ، محمد بن أحمد الأنصاري (١٣٥٦) – مصر – دار الكتب المصرية.

ابن القيم ، محمد بن بكر (١٣٧٤)، أعلام الموقعين ط٢- مصر مطابع السعادة،ج٢.

قشقوش ، هدي حامد ،(١٩٩٤) ، القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنـــة ، القـــاهرة ، دار النهضة العربية ص١٥ ، وما بعدها .

القرطبي المالكي (١٤٠٩) الاستيعاب في أسماء الصحاب للفقيه العلامة المحـــدث ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

(حرف الكاف)

كيره، حسن، (١٩٩٣)، المدخل إلى القانون ط ، الإسكندرية – منفأة المعارف.

الكاساني، مسعود بن أحمد(د ت) ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت،دار الكتب.

ابن كثير ،أبو الفداء إسماعيل (د ت) تفسير القرآن العظيم ، بيروت ، مؤســـسة الكتـــب الثقافية.

كحالة، عمر رضا(١٤٠٩) أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام،الطبعة التاسعة،لبنان، مؤسسة الرسالة.

(حرف الميم)

المرصفاوي ، فتحي ،(د ت) القانون الجنائي والقيم الخلقية دراسة تاريخية مقارنة القاهرة، دار النهضة العربية.

موسوعة فقه عمر بن الخطاب، دار النفائس، بيروت ، ط٢.

مدني تاج الدين (د ت) أصول التحقيق الجنائي في المملكة العربية السعودية ، الريـــاض معهد الإدارة.

ابن منظور ، جمال الدين بن محمد مكرم (١٩٩٩م) ، لسان العرب ، صححه أمين بن محمد بن عبد الوهاب ، ومحمد الصادق العبيدي، الطبعة الثالثة، بيروت – لبنان – إحياء التراث العربي.
الماوردي، أبو الحسن (د ت) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، وهو شرح مختصر الإمام المزني ، لأبي الحسن الماوردي البصري،لبنان ، دار الكتب.
مجمع اللغة العربية سنة ١٩٩٢، المعجم الوجيز، القاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية.
المباركي ، أحمد سير(١٤٢٢هـ)،العرف وأثره في الشريعة والقانون ، ط١ رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء، الرياض ،إدارة البحوث العلمية والإفتاء.
الماوردي ، على محمد حبيب سنه ١٤١٦ هـ ، الأحكام السلطانية تحقيق عصام فارس الحرستانى ومحمد إبراهيم الزعل ، بيروت المكتب الإسلامي.
المرداوي، علاء الدين (١٣٧٦) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، الثانية،هجر، السعودية.
الأمدي ،سيف الدين ،(١٣٧٨) الإحكام في أصول الأحكام ، ط٢ ، مصر،مطابع النور،تحقيق عبد الرزاق عفيفي.
ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد (١٣٧٢) سنن ابن ماجه مصر مطبعة البابي الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
الموصلي، عبد الله حمود مودود (١٩٧٥) الاختيار لتعليل المختار ط٢-بيروت – دار المعرفة.
المحامي عزت عبد القادر (د ت) جرائم العرض وإفساد الأخلاق، مصر، دار الفكر.

(حرف النون)

أبن النجار،محمد بن أحمد الفتوحي (د ت) منتهي الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، بيروت، دار الجيل.
ابن نجيم ، زين العابدين إبراهيم ،بن نجيم (١٤٠٠) الأشباه والنظائر ،بيروت ، لبنان .

النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد شعيب (١٩٦٥) سنن النسائي ، مصر ، مطبعـــة البـــابي الحلبي.

النووي ، يحيى بن شرف،(د ت) شرح صحيح مـــسلم للنـــووي ج١٢،ط١،مـــصر،طبع بمطابع عيسى البابى الحلبى وشركاه.

النووي ، أبو زكريا يحي بن شرف (د ت) روضة الطالبين ، لبنان ، المكتب الإسلامي .

(حرف الهاء)

ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(١٣١٧) ، فتح القدير شـــرح الهدايـــة،ط١، مصر المطابع الكبرى الأميرية.

الهيتمي، ابن حجر، (د. ت) الفتاوى الفقهية الكبرى، لبنان ، دار الكتب العلمية.